جامعة البحرين
للمكتبة
University of Bahrain

كلية الحقوق
الدراسات العليا

أثر تغيُّر الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية في القانون الإماراتي

(دراسة مقارنة)

رسالة للحصول على درجة الدكتوراه

مقدمة من الطالب /

محمد سالمين محمد العرياني

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

- الأستاذة الدكتورة / سميحة مصطفى القليوبي — رئيساً

أستاذ القانون التجاري والبحري ووكيل كلية الحقوق – جامعة القاهرة سابقا

- الأستاذ الدكتور / رضا السيد عبد الحميد — مشرفاً وعضواً

أستاذ القانون التجاري والبحري ووكيل كلية الحقوق – جامعة عين شمس

- الأستاذ الدكتور / ناجي عبد المؤمن — عضواً

رئيس قسم القانون التجاري والبحري كلية الحقوق – جامعة عين شمس

2006

#
1024
.I79
2006
c.1
ell
Thesis

جامعة البحرين
المكتبة
UNIVERSITY OF BAHRAIN
University of Bahrain

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة وأن تصدقوا خير لكم إن كنتم تعلمون﴾

سورة البقرة الآية 208

"إني رأيت أنه لا يكتب إنساناً كتاباً في يومه، إلا قال في غده، لو غير هذا لكان أحسن ولو زيد كذا لكان يستحسن، ولو قدم هذا لكان أفضل ولو ترك هذا لكان أجمل، وهذا من أعظم العبر، وهو يدل على استيلاء النقص في جملة البشر"

العماد الأصفهاني

شكر وتقدير

في البدء أحمد الله – تعالى – الذي له الحمد والنعمة والفضل كله، حيث تكرم علينا بالحياة بعد الموت، والسمع والبصر، والعقل والبيان، والأمن والإيمان، فله الحمد أولاً وآخراً.

وإذا كان شكر الناس لهم بالفضل من تمام شكر الله تعالى، فإني أتوجه لأستاذي الفاضل وموجهي الأول في هذا العمل الأستاذ الدكتور / رضا السيد عبد الحميد المشرف على الرسالة، حيث جاد علي بعلمه الواسع ووقته الثمين ومنهجه الرصين، فجزاه الله خير تلميذاً عن معلمه.

أما الوالدان حفظهما الله فإن فضلهما علي دائم لا ينقطع ، وقد كان حرصهما المستمر على مواصلتي مراحل التعليم المختلفة هو المحفز الذي يجدد رغبتي في متابعة المسير في طريق العلم والمعرفة فاللهم ارحمهما كما ربياني صغيراً

ولا يسعني إلا أن أذكر فأشكر ما بذله من حولي أخواتي اللاتي كن يشجعنني ويرفعن من معنوياتي في كل مرحلة من مراحل البحث . فجزاهن الله خيراً .

وأما أولادي وزوجتي الذين ربما قصرت في بعض حقوقهم فترة اشتغالي في البحث وخلال الإجازات ، فضلاً عن ما تقدمه زوجتي من تهيئة للجو المناسب للقراءة والكتابة وما أحتاج إليه في أمور الطباعة ونحوها ، فأشكرهم كل الشكر وأدعو الله أن يعينني على مقابلة الإحسان بمثله .

وخلال فترة الدراسة شاركني في هذه المرحلة زملاء في جمهورية مصر لهم فضل كبير علي حيث كانت روح التعاون والتشجيع والتفاؤل هي الحادية لنا . فلهم مني الشكر والتقدير .

وأخيراً لكل من قدم إلي عوناً، أو أبدى لي فكرة، أو ذلل عقبة، أقدم لهم جميعاً العرفان والشكر والتقدير.

الباحث

الإهداء

إلى الوالد .. والقائد.. والمعلم..

المغفور له الشيخ

زايد بن سلطان الـ نهيان

طيب الله ثراه

منهج البحث

انتهجنا في هذا البحث منهاجاً متعدد الأغراض فهو كما سنرى :

(1) منهج موضوعي :-

يعتمد هذا المنهج على النصوص القانونية ابتداءً ، والتي من خلالها يتم معرفة موقف الأنظمة القانونية من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد ، ولم نسعى من خلال هذه الدراسة إلى التقريب السريع بين مختلف الأنظمة القانونية ، فلكل نظام قانوني خصوصيته وظروفه ، وإنما ارتأينا إبراز نقاط التمايز بين هذه النظم .

(2) منهج تاريخي :-

وجدنا من خلال هذه الدراسة ضرورة عدم الاكتفاء بالكتب الحديثة ، وإنما ضرورة مد البصر إلى أمهات الكتب وكتب التراث القديمة ، والتي تعتبر من ضروريات البحث العلمي ولا غنى لأي باحث عنها .

(3) منهج قضائي :-

حيث اعتمدنا في هذا البحث على ما قررته المحاكم من أحكام قضائية فيما يخص موضوع الدراسة ، كما لجأنا إلى القرارات الصادرة من قبل التحكيم التجاري

الدولي نظراً لما لهذه القرارات من قيمة عملية تثري موضوعات البحث وتجعله بحثاً واقعياً.

(4) منهج مقارن :-

لم نقتصر في تناولنا لموضوع تغير الظروف المحيطة بالعقد وأثرها وكيفية معالجة هذه المشكلة على نظام قانوني واحد ، وإنما تنقلنا بين عدة أنظمة كالنظام القانوني الفرنسي والألماني والانجليزي وقانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، والسبب في ذلك رغبة منا في توسيع زاوية الرؤية لهذه المشكلة مابين النظام اللاتيني والجرماني والانجلوسكسوني ، كما لم نغفل موقف الشريعة الإسلامية والتي تعتبر المصدر الرئيسي للتشريع في دولة الإمارات العربية المتحدة ومن ثم قارنا بين هذه الأنظمة وما يجري عليه العمل في عقود التجارة الدولية وكذلك اتفاقيات التجارة الدولية والشروط النموذجية وقرارات التحكيم .

(5) منهج واقعي :-

من خلال هذه الدراسة وقفنا عند جميع وجهات النظر وقفة تقدير واحترام لكل من أدلى بدلوه أو ابتغى من خلال فكرته أو رؤيته الوصول إلى الحقيقة في كل ميادين البحث ، دون التقليل من حجم هذه الآراء أو التصغير لأصحابها وبناءً على ذلك فإننا آثرنا القول بأننا نميل إلى ذلك الرأي دون الآخر على أن نقول بأننا نرجح هذا الرأي أو ذلك لأننا لم نصل إلى مرتبة الترجيح .

(6) منهج تأصيلي :-

حاولنا خلال فترة البحث والدراسة رد الفروع إلى أصولها ، مستندين في ذلك إلى النظرية العامة للعقود في جميع الأنظمة القانونية التي شملتها الدراسة ، فالعقد التجاري الدولي ما هو في حقيقة الأمر سوى عقد إلا أن ما يميزه عن باقي العقود هو دوليته وتجاريته ، لذلك نجد أن جميع الأفكار القانونية المتعلقة بعقود التجارة الدولية تجد جذورها الأساسية في النظرية العامة للعقود .

(7) منهج غير متحيز :-

بمعنى أننا ومن خلال استعراض كافة الموضوعات سواء ما تعلق منها بنظام قانوني معين أو مذهب فقهي محدد فإننا لم نتعصب لرأي وإنما نظرنا إلى كل جهة على إنها مدرسة قائمة تستحق منا الاحترام .

(8) منهج تحليلي :-

عملنا على تحليل كل جزئية سواء تعلقت تلك الجزئية بالأنظمة القانونية الداخلية أو في عقود التجارة الدولية ووقفنا عند أهم جزئيتين تناولهما البحث وهما شرط القوة القاهرة وشرط الطوارئ Hard ship كما قمنا بتحليل جميع الآراء الفقهية سواء فقه القانون المقارن أو فقه التجارة الدولية .

ونظراً لقناعتنا بأهمية التطبيق العملي ، فقد عملنا جاهدين على جمع مجموعة من الأحكام القضائية وقرارات التحكيم التي تتناول مشكلة تغير الظروف ، وقمنا بتحليلها حيث لا حظنا الاختلاف في تلك القرارات مابين الأنظمة الداخلية والعقود الدولية .

مشكلة البحث

شهدت دولة الإمارات العربية المتحدة بعد قيام الاتحاد ثورة في مجال التجارة خصوصا فيما يتعلق بالتجارة الدولية نظراً لتوافر ظروف ساعدت على ذلك كالموقع الجغرافي المتميز واكتشاف النفط الأمر الذي جعلها في مصاف الدول التجارية على مستوى العالم.

فعلى صعيد الساحة الدولية شهد العالم - قبل قيام دولة الاتحاد- مجموعة من التقلبات الاقتصادية كالحرب العالمية الأولى والثانية وانهيار بعض القوى العظمى كالإتحاد السوفيتي ، وما نتج عنه من أزمات اقتصادية وآثار سلبية على بعض الأفكار القانونية خصوصاً القاعدة الراسخة وهي مبدأ (العقد شريعة المتعاقدين).

أما على الصعيد الإقليمي فقد شهدت دول منطقة الخليج العربي مجموعة من الحروب ، ففي مطلع الثمانينيات نشبت حرب الخليج الأولى بين العراق وإيران ، ثم غزو العراق للكويت في عام 1990م ، وما تلاه من حرب الخليج الثانية - حرب تحرير الكويت- ثم بعد ذلك جاءت حرب الخليج الثالثة والتي ترتب عليها احتلال العراق بواسطة قوات التحالف الأمريكية البريطانية في العام 2003م.

كل تلك الظروف أثرت وبشكل مباشر على الموازين الاقتصادية لدول الخليج بشكل عام ودولة الإمارات بشكل خاص ، الأمر الذي يحتم إيجاد حلول قانونية مناسبة لهذه الظروف الدخيلة على المنطقة تجعل دولة الإمارات في ميزان من

العدالة الدولية وفقاً لمقتضيات التجارة الدولية بحيث توضع هذه الظروف التي مرت بها دولة الإمارات في كفه والالتزامات التي أبرمتها في كفة أخرى .

صعوبات البحث

لم يكن لأي باحث أن ينجز عمله دون أن يواجه بعض العقبات التي تحول دون الوصول إلى مبتغاه ، وإنني وكأي باحث فقد واجهت من هذه العقبات التي لم تزدني إلا إصراراً على إكمال ما بدأت به ، وتتمثل هذه الصعوبات أو العقبات في أمور عدة نذكرها وفقاً للتفصيل الآتي :-

أ) حداثة قانون دولة الإمارات :-

تعتبر دولة الإمارات من الدول الحديثة نسبياً[1] مقارنة بغيرها من الدول الأمر الذي ترتب عليه حداثة الأحكام القضائية وبالتالي تقليص المساحة أمام الباحث لاستعراض التطور التاريخي للقضاء في المسألة محل الدراسة ، أما الأنظمة الأخرى فقد وجدنا من الأحكام ما يزيد عمرها عن المائة عام كالقانون الانجليزي والفرنسي .

كما ترتب على صغر عمر هذه الدولة ، قلة الأبحاث القانونية المتعلقة بنظامها خصوصاً في مجال العقود ، الأمر الذي ألقى على عاتقنا بذل المزيد من الجهد ، والاعتماد على الأبحاث القانونية لأنظمة أخرى مستفيدين من تلك الآراء .

---

1 قامت دولة الإمارات العربية المتحدة في الثاني من ديسمبر سنة 1971 برئاسة المغفور له بإذن الله صاحب السمو الشيخ زايد بن سلطان آل نهيان حاكم أبوظبي .

(ب) صعوبات الترجمة :-

أما المشكلة الثانية التي واجهتنا فهي أن معظم الأبحاث والمراجع التي تناولت مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي بعد إبرامه كانت من المراجع الأجنبية ، الأمر الذي ترتب عليه الحاجة المستمرة لترجمة تلك الأبحاث وأدى ذلك إلى تشعب المشكلة من خلال الوقوف على المضمون الحقيقي لبعض المصطلحات القانونية كمصطلح الـ frustration المطبق في القانون الإنجليزي الذي يطلق عليه البعض مسمى الانهيار والبعض الآخر يسميه بمصطلح تهدم ذات العقد في حين أننا آثرنا تسميته بالاستحالة نظراً لاستحالة تنفيذ العقد عند توافر شروطه .

وظهرت نفس المشكلة في ترجمة مصطلح الـ hardship ونظراً لعدم اتفاق الفقه حول تحديد دقيق لهذا المصطلح حيث يعترف فقهاء التجارة الدولية بعدم وجود ترجمة حقيقية للشرط حتى اليوم تعكس مضمونه الصحيح ، لذلك آثر البعض ذكر المصطلح دون وضع ترجمة له ، أما البعض فقد تباينت التسميات التي يطلقونها لهذا الشرط حيث يسميه البعض بشرط الطوارئ ، شرط الحماية ، شرط العدالة ، شرط المراجعة ، شرط الصعوبة ، شرط الاختلال الكبير في حين رأى البعض تسميته بشرط إعادة التفاوض ، لأن مضمون الشرط – وفقاً لهذا الرأي – يتمثل في إلزام الأطراف وجه التقابل بإعادة التفاوض في شأن

العقد بهدف تعديله ، فالنتيجة الرئيسية التي يرتبها الشرط متى توافرت شروط تطبيقه هي إعادة التفاوض بين الأطراف .[1]

ونميل من جانبنا إلى تسميته بشرط الطوارئ لأن إعادة التفاوض ما هي إلا نتيجة لهذا الشرط وليست هي الشرط في ذاته .

1 اخذ بهذه التسمية الدكتور شريف غنام في رسالته بعنوان " اثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية مساهمة في توحيد شرطي القوة القاهرة وإعادة التفاوض" جامعة المنصوره سنة 2000.

خطة البحث

انتهجنا في هذا البحث تقسيم الخطة العامة إلى فصل تمهيدي وبابين :-

الفصل التمهيدي : نستعرض فيه قانون التجارة الدولي وذلك في مبحثين نعرض في الأول منهما مفهوم قانون التجارة الدولي من خلال التعريفات الواردة لقانون التجارة الدولية ثم نلقي الضوء على أهم المعايير المتبعة لإضفاء الصفة الدولية على هذه العقود .

وأما المبحث الثاني فنميز فيه عقود التجارة الدولية عن ما يختلط بها من عقود مشابهة لها ، وذلك من خلال تمييز عقود التجارة الدولية عن العقود المستمرة والمعروفة لدى معظم الأنظمة الوطنية ، كما نلقي الضوء على العقود الإدارية الدولية والتي تخرج عن نطاق بحثنا لتمييزها عن عقود التجارة الدولية محل الدراسة .

الباب الأول : نلقي الضوء في هذا الباب على موقف الأنظمة الوطنية من مشكلة تغير الظروف وهذا الباب يشتمل على فصلين :

الأول :- يظهر فيه موقف الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد ، ثم نتنقل في هذا الفصل بين الأنظمة اللاتينية كالقانون الفرنسي ، والأنظمة الأنجلوسكسونية كالقانون الإنجليزي ، والأنظمة الجرمانية كالقانون الألماني ، وذلك للوقوف على موقف كل نظام قانوني من تلك الأنظمة في معالجتها لذات المشكلة .

والثاني :- نستعرض فيه للنظام القانوني لدولة الإمارات محل الدر اسه وموقفه من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وكيفية معالجته للتغيرات الخارجية ، التي تؤثر في تنفيذ العقد .

أما الباب الثاني : نفرده للتعرف على موقف المتعاملين في عقود التجارة الدولية من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد وهذا الباب قسمناه إلى فصلين :

الأول:- نلقي الضوء فيه على النظريات المطبقة لمعالجة مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد التجاري الدولي حيث نتطرق لنظرية القوة القاهرة بمفهوميها التقليدي والحديث ، ثم نتعرض بعد ذلك لمفهوم شرط الطوارئ وأهم ما يميزه عن نظرية القوة القاهرة .

والثاني:- نظهر فيه لوسائل معالجة تغير الظروف حيث نلقي الضوء على نظام الوقف الذي يلجأ إليه الأطراف عند تعرض عقدهم لاستحالة مؤقتة ، وذلك للحيلولة دون فسخ العقد ، كما نتعرض لآلية إعادة التفاوض كنتيجة لتطبيق شرط الطوارئ.

وأخيراً خاتمه: وفيها نوجز لأهم المسائل والنتائج التي أثارها البحث كما نتطرق فيها لأهم المقترحات .

فصل تمهيدي

قانون التجارة الدولية

الإنسان كائن اجتماعي بطبعه لا يمكن له أن يعيش بمعزل عن الآخرين، فالإنسان في حاجه إلى أن يقيم علاقات مع الآخرين لكي يسد حاجاته ويشبع رغباته عن طريق التبادل التجاري، وقد عرفت البشرية التجارة منذ القدم ، فقد عرفتها معظم الحضارات القديمة كحضارة بلاد وادي الرافدين كما عرفها الفينيقيون والفراعنة.

وكان من النادر أن تتوافر في المجتمع الواحد أو الدولة الواحدة عناصر الإنتاج كلها أو الثروة اللازمة لعيش ورفاهية أبناء شعبها مهما بلغت من قوه وتقدم[1] ، لذلك ظلت الحاجة إلى تبادل السلع والخدمات بين أبناء الشعب الواحد وبين الدولة وغيرها من الدول قائمه، فظهر نظام قانوني ينظم عملية التبادل التجاري بين الدول.

وقد ارتكز هذا النظام على أساس وجود وفرة في بعض العناصر الطبيعية في بعض الدول وندرتها في البعض الآخر، فالتبادل التجاري بين الدول يحقق توزيع عادل لتلك الموارد فما هو موجود في دوله يكون نادراً في دولة أخرى فالمجتمع الذي يوجد فيه فائض في الإنتاج يبحث عن أسواق جديدة لتصريف هذا الفائض

---

1 د. مصلح أحمد الطراونة قانون التجارة الدولي دراسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص دار رند للنشر والتوزيع ص1.

وبالمقابل يحصل على سلع وخدمات نادرة لديه وفائضة في المجتمعات الأخرى[1].

وقد تفاوتت أهمية التجارة الدولية بين الدول والمجتمعات ، إلا أنها بلغت ذروتها في العصور الحديثة نتيجة لعوامل عده[2]، أهمها اكتشاف العالم الجديد الذي أدى إلى اكتشاف أنواع جديدة من السلع والتي لم تكن معروفه من قبل حيث ظهرت الكثير من الثروات والمعادن الطبيعية ذات الأهمية الأمر الذي ترتب عليه ظهور فائض كبير من تلك السلع والخدمات والتي استلزم تصديرها إلى بلدان العالم المختلفة ومبادلتها بمحاصيل أو منتجات غير موجودة في تلك الدولة.

أما العامل الثاني الذي ساهم في ازدهار التجارة بين الدول فهو قيام الثروة الصناعية في القرن التاسع عشر[3] وما شهدته من تطور في وسائل جديدة في الإنتاج وما ترتب عليه من ظهور فائض في الإنتاج مما حدا بالدول إلى البحث عن أسواق لتصريف تلك المنتجات.

ويعتبر ظهور الدول الحديثة ذات السيادة على إقليمها من أهم العوامل التي ساهمت في ازدهار التجارة الدولية حيث أدى ظهور هذه الدول إلى إلغاء الكثير من القيود كالتي كانت مفروضة على انتقال السلع والخدمات من منطقه إلى

---

1 المرجع السابق ص7

2 د. عبد المجيد التكريتي (دراسات في سياسات التجارة الخارجية) مطبعة الإرشاد بغداد 1982 ص7

3 منذ مطلع القرن التاسع عشر والتجارة الدولية في تطور وزيادة مستمرة حيث بلغت هذه الزيادة ذروتها عام 1929 ثم تراجعت الأزمة الاقتصادية التي انتابت العالم في الثلاثينات من القرن العشرين ثم عاودت أرقام إحصائيات التجارة الدولية إلى الصعود ثانية عقب الحرب العالمية الثانية . لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك : ثروت حبيب دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية الطبعة الثانية مكتبة الجلاء الجديدة ص4.

أخرى، كما قامت بدور فعال في عملية في حفظ الأمن وضمان سلامة طرق التجارة بالإضافة إلى إصدار الكثير من التشريعات التي نظمت عملية النقل بين الدول بالإضافة إلى قوة تلك الدول المادية والبشرية التي ساهمت في إنشاء وسائل نقل عملاقة قادرة على تصريف تلك السلع والبضائع[1].

[1] لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك حمزه حداد قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة للنشر ص7 وما بعدها .

المبحث الأول

مفهوم قانون التجارة الدولي

لما كان بحثنا منصرف إلى دراسة أثر تغير الظروف على تنفيذ عقود التجارة الدولية، فإنه وكأي موضوع آخر يجري بحثه يكون من المنطقي والطبيعي أن نقوم بمحاوله لتعريف عقود التجارة الدولية[1] ، وتمييزها عما يشتبه بها من عقود، وذلك من خلال الوقوف على مفهوم قانون التجارة الدولية ، فقد حاول فقهاء التجارة الدولية تعريفه عن طريق إبراز لمعالم وخصائص قانون التجارة الدولية بصفته قانوناً مستقلاً عن الأنظمة والقوانين الوطنية الداخلية.

المطلب الأول

تعريف قانون التجارة الدولي

وقد تباينت تلك التعريفات واختلف بسبب اختلاف زاوية الرؤية التي ينظر من خلالها إليه، حيث لجأ البعض في تعريفه لقانون التجارة الدولية بالنظر إلى أصوله، كما قام البعض الآخر بتعريفه من خلال النظر إلى وظيفته، في حين أن الأمين العام للأمم المتحدة قد اجتهد في تعريفه لقانون التجارة الدولية، حيث سنتطرق لموقف الأمين العام من هذا المفهوم في الفرع الثالث من هذا المطلب.

---

1 نشير هنا أن مصطلح التجارة الدولية استخدمه لأول مرة الاقتصادي الانجليزي "جون سيتوارت مل " في منتصف القرن التاسع عشر ثم ذاع استخدامه في أغلب الدول بعد ذلك انظر ثروت حبيب مرجع سابق ص15

الفرع الأول

تعريف قانون التجارة الدولية بالنظر إلى أصوله

يعتمد جانب من الفقه في تعريفه لقانون التجارة الدولية بالعودة إلى أصوله كونه نشأ من خلال العادات والأعراف التي اتبعها التجار في معاملاتهم دون أن تفرض تلك العادات من أي جهة رسميه ، الأمر الذي كفل تطبيقه بصوره تلقائية نابعة من رضا التجار أنفسهم بتلك القواعد، فقانون التجارة الدولية من تلك الزاوية ينظر إليه بأنه **"مجموعة القواعد ذات الطبيعة العرفية والأصل المهني والتي لا يلزم لتطبيقها اللجوء المباشر إلى القوة العامة"**[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد تجاهل المصادر الأخرى التي تساهم في تكوين هذا القانون كالمبادئ العامة للقانون والقواعد الموضوعية ذات الطابع التشريعي كالاتفاقيات الدولية.

كما يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يفصح عن مضمون هذه القواعد وطبيعة العلاقات التي تحكمها.

ويقترب البعض من هذا التعريف لأن قانون التجارة الدولي (lex Mercatoria) **"هي مجموعة المبادئ والنظم والقواعد المستقاة من كافة المصادر التي تغذي**

---

1 **EHAIELLE (A.) :** Les functions del ordre public en droit international prive, these, paris. 1979, p.72

وانظر في ذلك أيضا أحمد عبد الكريم سلامه نظرية العقد الدولي الطليق مابين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1988 ص305. وانظر ايضا مصلح احمد الطراونة ، المرجع السابق ، ص 15.

بإطراد وتستمر في تغذية البنيان والسير القانوني الخاص بممتهني التجارة الدولية"[1].

ويلاحظ على هذا التعريف[2] أيضا اعترافه لقانون التجارة الدولية بذاتيه مستقلة تتكون من مجموعة مصادر مختلفة وذلك بهدف ضمان انتظام السير القانوني للعلاقات الناشئة بين التجار على المستوى الدولي كما ويلاحظ عليه أيضا إضفائه للصفة الطائفية على قانون التجارة الدولية وذلك باعتباره قانون التجار (law merchants).

الفرع الثاني

تعريف قانون التجارة الدولي بالنظر إلى وظيفته:

يقوم جانب آخر من الفقه عند تعريفه لقانون التجارة الدولي بالنظر إلى وظيفة ذلك القانون مقارنه مع قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص فبينما يعني القانون الدولي الخاص بتعيين القانون الوطني الواجب التطبيق في مجال تنازع القوانين على العلاقة القانونية موضوع النزاع فإن قانون التجارة الدولية يهدف إلى إيجاد قواعد موضوعيه في شأن هذه العلاقة تحل محل القواعد الوطنية وتقضي بالتالي على التنازع بينهما حيث يعرف على أنه "**ذلك القانون الذي**

---

1 **GOLDMAN (P.):** la lex mercatoria dans les contrats et arbitrage inter nationationau x realites et perspective, trav.com.r.dr int pr. 1979 p 236.

2 للاستزاده حول هذا الموضوع راجع في ذلك مصلح أحمد الطراونه مرجع سابق ص15.

يضع تنظيماً مباشراً لبعض العلاقات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية بصورة مستقلة عن كل قانون داخلي"[1].

ويلاحظ على هذا التعريف أنه ركز على أهم خصائص قانون التجارة الدولي وهي الطبيعة الموضوعية له ودولية العلاقات التي يحكمها ناهيك عن تركيزه على استقلالية هذا القانون عن القوانين الداخلية للدول[2].

في حين يتجه البعض في تعريف قانون التجارة الدولية "**بأنه مجموعة القواعد التي تضع بشكل مباشر حلولاً موضوعيه لمشاكل العقود الدولية للتجارة والتي تفترق بذلك عن قواعد الإسناد التي تحتويها النظم الوطنية في القانون الدولي الخاص"[3].**

ويلاحظ على التعريف السابق أنه أبرز استقلاليه قانون التجارة الدولي كقانون مستقل ، يشمل القواعد الموضوعية والمادية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية.

---

1 **Francescakis**: la theorie due renvoi et les conflits de systemes en dreit internationalprive. these paris. ed sirey 1959 p.16

2 مصلح أحمد الطراونه مرجع سابق ص17.

3أحمد عبد الكريم سلامه مرجع سابق ص286.

الفرع الثالث

تعريف الأمين العام للأمم المتحدة

من خلال تقرير الأمين العام للأمم المتحدة الذي قدمه للجمعية العامة عام 1965 فقد أورد فيه تعريفاً لقانون التجارة الدولي نص فيه على **"أنه مجموعة القواعد التي تنظم العلاقات التجارية المتصلة بالقانون الخاص والمرتبطة بدول مختلفة"**[1].

The body of rules governing commercial relationships of aprivate law nature involving different countries.

وقد تطرق تقرير الأمين العام للأمم المتحدة إلى أهم المسائل التي يتناولها قانون التجارة الدولي سواء قواعد النقل البحري والجوي والبري والملكية الفكرية والتحكيم التجاري الدولي بالإضافة إلى عقود بيع البضائع والأوراق التجارية والإعتمادات المصرفية.[2]

وقد كانت هذه هي أهم المسائل التي يشملها المفهوم السائد لقانون التجارة الدولي حتى إعداد ذلك التقرير عام 1965 إلا أنه ومع تطور التجارة الدولية فقد شاع استعمال مجموعه من العقود التجارية الدولية غير المعروفة على المستوى الوطني في الكثير من الدول، كعقود التصنيع، والتأجير التمويلي، والتشييد والاستشارات، والعقود الهندسية، وتراخيص الصناعة وعقود الامتيازات

---

1 **"reporte of un secretary"**. Unicitral year book 1975 p.9

2 مصلح أحمد الطراونه مرجع سابق ص5

لاستغلال المصادر الطبيعية، وعقود المشاريع المشتركة، والتمويل البنكي، وقروض السندكه، والعقود السياحية، وعقود خدمات الكمبيوتر، وعقود تسليم المفتاح باليد وغيرها وبهذا اتسع نطاق قانون التجارة الدولي ليواجه هذه التطورات السريعة في ميدان التجارة الدولية ، حيث استقرت وقننت مجموعه من الأعراف والعادات وأبرمت الكثير من الاتفاقيات وأعدت الكثير من العقود النموذجية التي تناسب خصوصية كل عقد من هذه العقود لتدخل في نهاية المطاف ضمن إطار قانون التجارة الدولي[1].

المطلب الثاني

معايير دولية العقد التجاري

لا تختلف عقود التجارة الدولية محل البحث عن العقود الداخلية التي تبرم ضمن الأطر القانونية المحلية إلا من زاويتين اثنتين الأولى هو ما يتعلق بدولية تلك العقود بالإضافة إلى المعيار القانوني الصحيح التي يمكن من خلاله إطلاق تلك الصفة الدولية عليها ، أما الزاوية الثانية فهي المدة الزمنية التي يستغرقها تنفيذ تلك العقود من لحظة إبرام العقد لحين الانتهاء من تنفيذه حيث تمتاز عقود

1 **goldstajna** .,"reflections on the structureof the modern law of international trade" in petar sarcevic (ed.) international contracts and conflicts of laws(graham and trotman. London)1990 pp 14 -35

التجارة الدولية الخاضعة لنطاق بحثنا بطول مدتها الأمر الذي يجعلها عرضة لتغيرات الظروف.

ويعتبر معيار دولية العقد حجر الزاوية في تحديد العقد محل البحث لذلك لابد من الوقوف على المعيار الصحيح الذي يحدد دولية العقد من عدمه حيث سنقوم باستعراض لآراء فقهاء التجارة لدولية وأحكام المحاكم في هذا الصدد بالإضافة إلى المعايير التي تبنتها بعض الاتفاقيات المتعلقة بعقود التجارة الدولية كاتفاقية لاهاي لسنة 1964 واتفاقية فينا للبيع الدولي لسنة 1981[1].

الفرع الأول

معيار تواجد العنصر الأجنبي في العقد

element d' extraneite

يقوم هذا المعيار على أساس انتماء أطراف العقد لأنظمه قانونيه مختلفة أما في حال انتماء المتعاقدين لنظام قانوني واحد فإن العقد وفقا لهذا المعيار يخلع عن نفسه الصفة الدولية ويبقى عقدا داخليا. ويعتبر هذا المعيار من أولى المعايير التي تم الأخذ بها من قبل الفقه والقضاء في تحديد دولية العقد، وقد أستمر الأخذ به فترة ليست بالقصيرة إلا أنه وقف عاجزا عن مسايرة التطور والتغير السريع في قانون التجارة الدولية فمثلا لو كان أطراف العقد ينتمون لدولة واحده وترتب على

---

1 أشار إلى هذا التقسيم أستاذنا الدكتور ناجي عبد المؤمن مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده مجلة الأمن والقانون ، كلية شرطة دبي ، السنة الثامنة ، العدد الأول ، يناير 2000 ص134، 136.

العقد دخول بضائع من خارج الدولة وانتقال الأموال إلى الخارج فإن العقد وفقا لهذا المعيار يعتبر عقدا داخليا ولا علاقة له بعقود التجارة الدولية.

الفرع الثاني

معيار المد والجزر

إزاء الجمود الذي امتاز به المعيار السابق وعدم قدرته على احتمال كافة العقود التي من المفترض أن تكون دولية ظهر معيار آخر لم يحدد دولية العقد على أساس انتماء الأطراف لأنظمه قانونيه مختلفة ولا على أساس اختلاف مكان إبرام العقد عن مكان تنفيذه وإنما على أساس ما يرتب العقد من مد وجزر عبر الحدود[1].

ففي تعريف محكمة النقض الفرنسية لمعيار المد والجزر قالت "**هو أن ينتج عن العقد حركة مزدوجة أي دخول وخروج البضائع من فرنسا إلى الدولة الأجنبية**"[2].

ففي قضية belissier du besset طالب المحامي العام matte من محكمة النقد الفرنسية نقض الحكم على أساس أن العقد لم يرتب مد وجزر عبر الحدود[3].

---

1 ناجي عبد المومن المرجع السابق ص

2 "..operation se traduisant par un double movement de marc- handises ou de valeurs de la france vers un pays un pays etranger. et de celui-ci vers la franse". راجع نقض فرنسي 4نوفمبر 1958 دالوز، 1959، 361 . وأشار إليه كذلك الأستاذ الدكتور ناجي عبد المومن.

3 "le contrat ne produisait pas comme un movement de flux et de reflux au –dessus des frontiers. des consequences un autre"

وبناءً على هذا المعيار فإن أي عقد يبرم ما بين طرفين من نفس الدولة وترتب عليه انتقال الأموال أو البضائع إلى خارج الحدود فإنه يعتبر ضمن نطاق عقود التجارة الدولية، وقد ظهرت أحكام حديثة صادرة عن محكمة باريس تقر فيها الأخذ بهذا المعيار[1].

ويرى إستادنا الدكتور ناجي عبد المؤمن **"أن هذا المعيار بقي عاجزا عن الإحاطة بفكرة العقد الدولي فالفرض التقليدي الذي يقوم عليه هذا المعيار وهو دخول البضائع من دولة إلى أخرى ثم خروج الثمن من الأخيرة إلى الأولى لا يعكس بشكل كامل صورة العقد الدولي كما يعرفها الواقع العملي فالملاحظ أن دفع الثمن غالبا ما يتم في الواقع بمجرد الكتابة للبنك بحيث لا يكون هنالك نقل أو خروج حقيقي للثمن من دولة المشتري وبمعنى آخر أنه في مثل هذا الحالات لا يكون هناك جزر حقيقي مع أن العقد قد يكون دوليا"[2].**

الفرع الثالث

معيار التعلق بمصالح التجارة الدولية

تفادياً للانتقادات الموجه للمعيار السابق ظهر هذا المعيار الذي يقوم في أساسه أن العقد يكون دولياً متى ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، وقد تبنى الأخذ بهذا المعيار القضاء الفرنسي كما أخذت به الكثير من قرارات التحكيم التجاري سواء في تحديد دولية العقد أم تحديد دولية التحكيم التجاري.

---

1 راجع استئناف باريس 5 ابريل 1990مجلة التحكيم 1992 ص110.
2 ناجي المؤمن مرجع سابق ص135

ويعطي هذا المعيار سلطه تقديرية واسعة للقاضي أو المحكم في تحديد مدى تعلق النزاع بمصالح التجارة الدولية من عدمه الأمر الذي يجعل هذا المعيار غير ثابت فما يقدره قاضي أو محكم معين قد لا يقدره قاضي آخر فاختلاف التقدير سيؤدي إلى الكثير من التناقضات وسيتعارض مع الرغبة في توحيد القواعد القانونية[1].

الفرع الرابع

معيار اتفاقية لاهاي لسنة 1964

حرصت اتفاقية لاهاي في تحديدها لدولية عقد البيع تجنب الانتقادات السابقة فالبيع الدولي وفقاً لهذه الاتفاقية لا يرتبط باختلاف جنسية المتعاقدين ، إذ قد يعد البيع دولياً ولو كان كل من البائع والمشتري من جنسيه واحدة ، وإنما العبرة باختلاف مراكز أعمال الأطراف المتعاقدة أو محل إقامتهم العادية ، وبالإضافة إلى هذا المعيار الشخصي أضاف القانون الموحد أحد معايير موضوعية ثلاثة:

1- وقوع البيع على سلع تكون عند إبرام البيع محلاً للنقل من دولة إلى أخرى (بيع البضاعة في الطريق) أو ستكون بعد إبرام البيع محلاً لمثل هذا النقل.

---

1 محمود سمير الشرقاوي العقود التجارية الدولية دارسة خاصة لعقد البيع للبضائع ص17
وحول اتفاقية لاهاي راجع أيضا .la convention de la HAYE **(ph)KAHN**
Du ler juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporals. R. trim, dr. comm.1064p 689.tuns,R. inter .Dr.commp.1964 p546.
ويرى الدكتور ثروت حبيب أن"معيار دولية البيع في اتفاقية لاهاي حجر الزاوية في التنظيم كله لذلك لم يتركه القانون بغير تحديد حيث أن البيع يتوفر له معنى الدولية باستيفائه لمعيار دقيق محدد ومركب من عنصرين أولهما عنصر شخصي عام ويضاف إليه عنصر موضوعي في إحدى حالات ثلاث بينها النص بغير التفات إلى جنسية طرفي العقد راجع في ذلك د.ثروت حبيب دراسة في قانون التجارة الدولية مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم – القاهرة.

2- صدور الإيجاب والقبول في دولتين مختلفتين ولا يشترط أن تكون الدولتين اللتين يقع فيهما مركز أعمال المتعاقدين أو محل إقامتهما العادية إذ العبرة باختلاف دولة الإيجاب عن دولة القبول.

3- تسليم البيع في دولة غير التي صدر فيها الإيجاب والقبول، ويعد البيع دولياً في هذا الفرض ولو لم يقتضي انتقال البيع من دولة إلى أخرى.

الفرع الخامس

معيار اتفاقية فينا لسنة 1981

أخذت اتفاقية فينا بمعايير مختلفة عن اتفاقية لاهاي في تحديد دولية البيع فاتفاقية فينا لم تحتفظ بمعايير اتفاقية لاهاي على الرغم أن الأخذ بها يؤكد الطبيعة الدولية للبيع، فقد كانت اتفاقية فينا أكثر بساطه عن سابقتها واعتمدت معياراً واحداً في تحديد دولية البيع، حيث اكتفت اتفاقية فينا بأن تكون مراكز أعمال أطراف عقد البيع في دول مختلفة ولو تم تكوين العقد في دولة واحده بل ولو كانت هذه الدولة التي تم فيها تكوين العقد وتنفيذه دولة غير متعاقدة[1].

ونشير هنا أنه لكي يمكن تطبيق الاتفاقية فإن واقعة وجود مركز أعمال طرفي العقد في دول مختلفة يجب أن تكون ظاهرة عند إبرام العقد وليس بعد ذلك ، سواء من نصوص العقد أو من المعاملات السابقة بين طرفيه أو من أية معلومات أدلى بها طرفي العقد.

---

1 محمود سمير الشرقاوي مرجع سابق ص51

Schlechtriem: uniform , sales law , the UN convention on contratcts for the international sale of goods Vienna 1986

حيث تنص الفقرة (2) من المادة الأولى من اتفاقية فينا بأنه "**لا يعتد بتحقيق واقعه وجود مراكز أعمال أطراف البيع في دول مختلفة كلما كانت هذه الواقعة غير ظاهرة من العقد أو من المعاملات السابقة بين أطراف البيع أو من المعلومات التي صرح بها أطراف البيع في أي وقت قبل أو عند إبرام عقد البيع**".[1]

---

1 راجع في ذلك محمود سمير الشرقاوي مرجع سابق ص.51

المبحث الثاني

تمييز عقود التجارة الدولية عن العقود المشابهة لها

هناك الكثير من العقود التي تقترب من مفهوم عقود التجارة الدولية محل الدراسة، فهناك العقود المستمرة، والتي يشكل الزمن عنصرا جوهريا فيها، في حين قد يختلط مفهوم العقود التجارية الدولية ، مع العقود الإدارية الدولية والتي تخرج عن نطاق بحثنا، لذلك آثرنا في هذا المبحث تمييز العقود المستمرة عن عقود التجارة الدولية ، وذلك في المطلب الأول ، كما سنتناول العقود الإدارية الدولية ومعايير تمييزها في المطلب الثاني

المطلب الأول

عقود التجارة الدولية طويلة المدة والعقود المستمرة

تتميز عقود التجارة الدولية طويلة المدة بأنها ذات تنفيذ متراخي الأمر الذي يجعلها عرضة لتغيرات الظروف المحيطة بها ورأينا أن طول مدة هذه العقود سيجعلها تتداخل مع فكرة العقود المستمرة المعروفة لدى الأنظمة الداخلية لذلك سنتناول الفكرتين بشيء من التفصيل لبيان الفارق بينهما :-

الفرع الأول

عقود التجارة الدولية طويلة المدة

يقسم بعض الفقه عقود التجارة الدولية طويلة المدة أو ذات التنفيذ المتراخي والتي تكون عرضة للتغيرات المحيطة بها إلى ثلاثة طوائف[1] :

1) هي عقود المبادلات 2) وعقود الإنتاج 3) وعقود التموين

ويرى أنصار هذا الرأي أن العقود تصبح طويلة المدة متى ما جاوزت مدة تنفيذها الخمس سنوات كما أنها قد تدوم مدة 99سنه كما هو الحال في عقود الامتياز القديمة وسنتناول هذه العقود بشيء من التفصيل :

أولاً : عقود المبادلات "contrats de echang"

يعتبر عقد البيع الدولي للبضائع هو المثال النموذجي لهذا النوع من العقود حيث تتضمن هذه الطائفة كافة أنواع العقود التي يتم بموجبها مبادلة شيء مقابل خدمة أو ثمن وترد هذه العقود على أشياء معدة للاستهلاك وتمتاز هذه العقود بقصر مدة تنفيذها .[2]

---

1 **kahn:(ph.)**.Force majeuer et Contrats internationaux de Longue duree, JDI, 1975 , P 467.

وأشار إلى هذا التقسيم أيضا أستاذنا الدكتور ناجي عبد المؤمن مرجع سابق ص137

2 لم يعتبر البعض ومنهم الاستاذ فيليب كان عقود المبادلات من العقود طويلة المدة إلا أننا لنا رأي آخر حيال هذه المسألة سنوضحه لاحقا .

ثانياً : عقود الإنتاج "contrats de production"

ومن أمثلة هذا النوع من العقود عقود الاستثمار المباشر ، عقود التوريدات والتجهيزات الصناعية ، الاتفاقيات التعاونية ، الاتفاقيات الصناعية والقروض . وتمتاز هذه العقود أنها تبرم لمدة طويلة كما أنها تساهم في خلق مشروع إنتاجي في دولة أخرى .[1]

ثالثاً : عقود التموين contrats de approvisionne ment

وتبرم هذه العقود عادة لمدة طويلة إلا أنها تقترب من عقود المبادلات بكونها تنصب على أشياء استهلاكية ومن أمثلة هذا النوع من العقود عقود التموين بالغاز أو البترول.

ونحن من جانبنا نؤيد هذا التقسيم الذي لقي تأييداً من فئة كبيرة من فقهاء التجارة الدولية نظراً لأنه يعكس إلى حد بعيد واقع التجارة الدولية إلا أننا لا نأخذ به على اطلاقه لأن جميع عقود التجارة الدولية من وجهة نظرنا هي عقود طويلة المدة فحتى عقد البيع الدولي الذي يتم بصورة فورية تترتب عليه بعض الالتزامات التي تمتد به مع الزمن كضمان التعرض وضمان العيوب الخفية .[2]

---

1 **kahn (ph.):** Force majeure et contrats internationaux de longueduree jdi 1975 op 469.
2 Ibid

الفرع الثاني

العقود المستمرة في الأنظمة الداخلية

هو العقد الذي يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيه على نحو يكون هذا الزمن هو وحدة قياس يقدر بها أداء أحد الطرفين ، فمن الالتزامات في مجال العقود ما لا يمكن أن يؤدى إلا مقترناً بالزمن ، ومن الأمثلة الواضحة على هذه العقود عقد الإيجار فهو عقد يرد على الانتفاع بشيء معين ولا يتصور ذلك إلا أن يكون خلال مدة زمنية معينة ، لهذا الزمن كان الزمن عنصراً جوهرياً في هذا العقد بحيث تقاس المنفعة في الحصول عليها ، بمدة معينة ، لهذا السبب كان الزمن عنصراً جوهرياً في هذا العقد بحيث تقاس المنفعة في الحصول عليها ، بمدة معينة قد تكون ساعة وقد تكون أسبوعاً أو شهراً أو سنة ....الخ ولا يتصور قياس الانتفاع إلا على هذا الأساس ، كذلك عقد العمل لمدة معينة فهو عقد زمني لا يعقد عادة إلا لمدة .[1]

ومن ناحية ثانية فإن من العقود ما يتدخل الزمن فيه بقصد تحقيق تنفيذ دوري أو متتابع على حقب متعددة وبقصد إشباع حاجة أحد المتعاقدين بحكم طبيعة نشاطه أو حاجته إلى هذا التنفيذ المتتابع المتكرر ، وينطبق هذا التوصيف على عقد التوريد ففيه يتفق المتعاقدان على إشباع حاجة متكررة لأحدهما على فترات متفق عليها ، يتم فيها توريد المحل المعقود عليه ، ويلاحظ أن المحل المعقود عليه هو بطبيعته قابل للأداء الفوري ولا يقاس بذاته بمقياس زمني ، ومع ذلك فقد نظمه المتعاقدان باعتباره عقداً دوري التنفيذ وأدخلا عنصر الزمن لإشباع الحاجة

---

1 عبد الرزاق السنهوري الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام – مصادر الالتزام.

المتكررة لأحدهما ولقياسه بالزمن ، بحيث أصبح هذا الزمن معقوداً عليه بمقتضى الاتفاق.[1]

ومن ثم ينقسم العقد الزمني إلى عقد ذي تنفيذ مستمر – (contrat a exe cutionue) كعقد الإيجار وعقد العمل لمدة معينة ، وعقد ذي تنفيذ دوري (cotrat a execution periodique) كعقد التوريد وعقد الإيراد المؤبد أو الإيراد مدى الحياة .

أما العقد الفوري فهو: العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه ، فيكون تنفيذه فورياً ولو تراخي التنفيذ إلى أجل أو إلى آجال متتابعة .

فبيع شيء يسلم في الحال بثمن يدفع في الحال عقد فوري ، لأن عنصر الزمن هنا معدوم ، إذ أن كلا من المبيع والثمن يسلم في الحال، فهو عقد فوري التنفيذ .
وقد يكون البيع بثمن مؤجل ويبقي مع ذلك فورياً . ذلك لأن الزمن إذا كان قد تدخل هنا فهو عنصر عرضي لا دخل له في تحديد الثمن . فالبيع بثمن مؤجل عندما يحين وقت تنفيذه ، يكون فوري التنفيذ . وليس الأجل إلا موعداً يتحدد به وقت التنفيذ ، ولا يتحدد به وقت الثمن .
وقد يكون البيع بثمن مقسط ويبقى مع ذلك فورياً . إذ الثمن الذي يدفع أقساطاً ليس إلا ثمناً مؤجلاً إلى آجال متعددة . وليست هذه الآجال إلا عناصر عرضية في

---

1 وللاستزادة حول هذا الموضوع راجع في ذلك أيضا محسن عبد الحميد إبراهيم البيه النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام الجزء الأول ، المصادر الإرادية ، 1997 ص42.

العقد لا يتحدد بها الثمن . ويكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ ، جزءا جزءا، عند ما يحين وقت التنفيذ لكل جزء منه[1] .

وقد يكون الأجل الذي يضرب للتنفيذ إجبارياً ، لا اختياريا كما في الأمثلة المتقدمة ، ويبقى مع ذلك عنصراً لا يتحدد به المحل المعقود عليه ، فيكون العقد في هذه الحالة فوري التنفيذ . مثل ذلك النجار الذي يتفق مع العميل على أن يصنع له دولاباً . فصنع الدولاب لا بد أن يستغرق زمناً ، ولكن هذا الزمن - وهو أجل إجباري - لا يتحدد به محل العقد . والأجل الإجباري هنا كالأجل الاختياري هناك ، كلاهما عنصر عرضي لا يقاس به المعقود عليه . ويكون عقد الإستصناع في المثل الذي قدمناه فوري التنفيذ عند ما يحين وقت تنفيذه ، أي بعد أن يتم صنع الدولاب .

ويتبين مما تقدم أن العقد الفوري يتحدد محله مستقلاً عن الزمن [2]، وأن الزمن إذا تدخل فيه فإنما يتدخل بكونه عنصراً جوهرياً ، لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه . ذلك أن محل العقد الفوري - أرضاً كان أو بناءً أو عروضاً أو نقداً أو غير ذلك – إنما يمتد في المكان لا في الزمان ، أي أن له جرماً إذا هو قيس فإنما يقاس بحيز مكاني لا بمقياس زماني ، أو هو – كما يقول الدكتور عبد الحي حجازي في رسالته المعروفة – حقيقة مكانية لا حقيقة زمانية . وإنما سمي بالعقد الفوري ، ولم يسمى بالعقد المكاني ، لأن الظاهرة الجوهرية فيه ليست هي في إثبات المكان له ، بل في نفي الزمان عنه .

---

[1] السنهوري ، المرجع السابق.

2 وللاستزادة حول هذا الموضوع راجع في ذلك حمدي عبد الرحمن الوسيط في النظرية العامة للالتزامات – الكتاب الأول المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة – دار النهضة العربية الطبعة الأولى1999.

ترجع خصائص العقد الزمني إلى فكرة جوهرية هي أن المعقود عليه فيه هو الزمن . والزمن إذا مضى لا يعود . فإذا نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن ، وأريد لسبب أو لآخر الرجوع في العقد استحال ذلك ، فإن الفترة من الزمن الذي نفذ فيها العقد قد انقضت ، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه . أما العقد الفوري فلا يقوم على الزمن ، وإذا نفذ في جزء منه جاز الرجوع فيما تم تنفيذه . ويترتب هذا الفرق الجوهري فيما بين العقد الزمني والعقد الفوري نتائج هامة ، نذكر منها ما يأتي[1] :

(1) الفسخ في العقد الفوري ينسحب أثره على الماضي ، لأنه يجوز الرجوع فيه . أما الفسخ في العقد الزمني فلا ينسحب أثره على الماضي لأن ما نفذ منه لا تمكن إعادته .

(2) إذا وقف تنفيذ العقد الفوري ، فإن هذا الوقف لا يؤثر في التزامات المتعاقدين من حيث الكم ، بل تبقى هذه الالتزامات كاملة كما كانت قبل الوقف . أما العقد الزمني فوقف تنفيذه يترتب عليه النقص في كمه وزوال جزء منه ، إذ تمحي آثاره في خلال المدة التي وقف تنفيذه فيها . لأن هذه المدة لا يمكن تعويضها بعد أن فاتت . بل قد يترتب على وقف العقد الفوري انتهاؤه إذا كانت مدة الوقف تزيد على المدة المحددة للعقد أو تساويها .

(3) العقد الزمني تتقابل فيه الالتزامات تقابلا تاماً ، لا في الوجود فحسب بل أيضاً في التنفيذ ، فما تم منها في جانب يتم ما يقابله في الجانب الآخر . ففي عقد الإيجار مثلاً فإن الأجرة تقابل الانتفاع ، فإذا انتفع المستأجر مدة معينة التزم بدفع الأجرة بقدر المدة التي انتفع فيها . أما في العقد الفوري فإن

---

1 عبدا لرزاق السنهوري المرجع السابق .

التقابل إذا كان تاماً في الوجود فهو غير تام في التنفيذ . ففي عقد البيع بثمن مقسط إذا تقابل المبيع والثمن من حيث الوجود ، فليس من الضروري أن يتقابلا من حيث التنفيذ ، ويجوز أن يدفع المشتري أقساطاً من الثمن لا يأخذ ما يقابلها من المبيع ، ويلجأ إلى فسخ البيع فيسترد ما دفعه من الثمن .

(4) الإعذار شرط لاستحقاق التعويض في العقد الفوري في أكثر الأحوال . أما في العقد الزمني فالإعذار ليس بضروري إذا تأخر الملتزم عن تنفيذ التزامه الزمني ، لأن ما تأخر فيه لا يمكن تداركه لفوات الزمن ، فلا فائدة ترتجي من الإعذار .

(5) العقد الزمني لا يمكن إلا أن يكون ممتداً مع الزمن ، وبقدر ما يمتد يكون تغير الظروف محتملاً ، ومن ثم كانت العقود الزمنية هي المجال الطبيعي لنظرية الظروف الطارئة . أما العقود الفوريه فلا يمكن أن تنطبق عليها هذه النظرية إلا إذا كان تنفيذها مؤجلا .

المطلب الثاني
تمييز عقود التجارة الدولية عن العقود الإدارية الدولية

تتشابه عقود التجارة الدولية مع العقود الإدارية الدولية من حيث دولية العقد المبرم، وحيث أن العقود الإدارية الدولية تخرج بطبيعة الحال عن نطاق بحثنا [1]، رأينا من الضروري تمييز هذه العقود، ووضع الحدود الفاصلة بينها وبين عقود التجارة الدولية.

---

[1] يطلق على هذا النوع من العقود ، عقود الدولة ، وتخضع هذه العقود في حال توافر الشروط التي سيلي ذكرها لأحكام القانون الاداري ويكون الاختصاص بنظر المنازعات التي تتولد عنها عائدا للمحاكم الإدارية .

ونشير هنا أن الإدارة تبرم نوعين من العقود عقود مدنية أو تجارية، وعقود إدارية، وكلا هذان النوعان من العقود يخضع لنظام قضائي يختلف عن الآخر؛ فالأولى تخضع للقانون الخاص، والثانية يطبق عليها أحكام القانون الإداري[1].

وبناءً على ذلك فقد ارتأينا أنه من الضروري وضع معيار يحدد متى يكون العقد إدارياً يخضع لأحكام القانون العام، ومتى يكون العقد مدنياً يخضع لأحكام القانون الخاص.

أما عن العناصر المميزة للعقد الإداري فقد تباينت آراء الفقهاء في تحديد المعيار المميز للعقد الإداري؛ فاختلفت بالتالي أحكام القضاء نتيجة لهذا التباين؛ فاتجهت بعض الآراء إلى تبني معياراً شكلياً في تمييز العقد الإداري، في حين اتجهت بعض الأحكام إلى تبني المعيار الموضوعي.

ويجمع الفقه والقضاء الإداري على إسباغ الصفة الإدارية على العقد إذا كانت الإدارة طرفاً فيه واتصل بنشاط مرفق عام، وتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص[2].

وقد استقرت أحكام القضاء الإداري على ذلك؛ ففي حكمها بتاريخ 1957/6/2م، اتجهت محكمة القضاء الإداري إلى أن قضاء هذه المحكمة قد استقر على أن"

---

1 د. جابر جاد نصار العقود الإدارية دار النهضة العربية الطبعة الثانية ص5.

2 لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع في ذلك سليمان محمد الطماوي الأسس العامة في العقود الإدارية ص: ثروت بدوي المعيار المميز للعقد الإداري – مجلة إدارة قضايا الحكومة يناير 1995ص 129 جمال اللبان ، المعيار المميز للعقد الإداري . مجلة إدارة قضايا الحكومة ، السنة الثامنة ،العدد الثالث . يوليو 1964، جابر جاد نصار مرجع سابق ص28 وما بعدها

العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبتة، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه، وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[1]".

وفي حكمها بتاريخ 1956/12/13 ذهبت إلى أن "**العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو بمناسبة تسييره ، وأن يظهر نيته في هذا العقد بالأخذ بأسلوب القانون العام وأحكامه وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص[2]**" إلا أنه لما كان من المقرر جواز إبرام عقود بين هيئة إدارية وأفراد أو بين هيئتين إداريتين دون أن يعتبر العقد إدارياً لأن إبرام العقد بين شخص معنوي عام وبين أحد الأفراد أو شخص معنوي عام آخر لا يستلزم بذاته أن يكون العقد إدارياً كما أن علاقة العقد بالمرفق العام إذا كانت ضرورية لكي يعتبر العقد إدارياً فإنها ليست مع ذلك كافية لمنحه هذه الصفة على اعتبار أن قواعد القانون العام ليست ذات علاقة حتمية بفكرة المرفق العام إذ أنه مع اتصال العقد بالمرفق العام فإن الإدارة قد لا تلجأ في إبرامه إلى أسلوب القانون العام لما تراه من مصلحتها في العدول عن ذلك إلى أسلوب القانون الخاص ، فتتبع في شأنه ما يتبعه الأفراد في تصرفاتهم الخاصة ومن ثم فإن المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور

---

1 حكم محكمة القضاء الإداري بتاريخ 1957/6/2م 11ص493

2 حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوة رقم 222 لسنة 10ق جلسة 1956/12/13المجموعة 10 ص1855

سواء كانت من حيث تنظيم المرفق العام أو استغلاله أو تسييره أو المعاونة والمساهمة في ذلك أو استخدام المرفق ذاته عن طريق العقد مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد[1].

وهو الاتجاه الذي أكدته المحكمة الإدارية العليا منذ إنشائها وحتى الآن ففي حكم لها بتاريخ 1987/2/21 " **رأت أن العقد يعتبر إداريا إذا كان أحد طرفيه شخصاً عاماً ومتصلاً بمرفق عام ومتضمنا شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص**[2]" فإذا تضمن أي عقد هذه الشروط الثلاثة مجتمعة كان عقدا إدارياً يختص به القضاء الإداري بحسب ولايته المحددة.

وغنى عن البيان أن الشروط المتقدمة تسري بالنسبة للعقود الإدارية المسماة في القانون العام لاعتبارها كذلك فإذا كان العقد المسمى مبرماً لتحقيق مصلحة خاصة وليس في نصوصه شروطاً غير مألوفة في القانون الخاص فهو عقد من عقود هذا القانون وتخرج المنازعة بشأنه عن ولاية القضاء الإداري.

وقد رددت المحكمة الإدارية العليا ذات العناصر في تحديدها لمعيار تمييز العقد الإداري في أحكام كثيرة إذ ذهبت في حكمها بتاريخ 1995/1/24 إلى أنه".. **ومن حيث أن المستقر عليه في قضاء هذه المحكمة أن العقد الإداري هو العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام بقصد إدارة مرفق عام أو**

---

[1] جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص 29 وما بعدها.
2 حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1987/2/21 في الدعوة رقم 2184 لسنة 29ق ص93

بمناسبة تسييره وأن تظهر نيته في الأخذ بأسلوب القانون العام. وذلك بتضمين العقد شروطًا غير مألوفة في عقود القانون الخاص[1]".

وهذا الاتجاه في تمييز العقد الإداري أكدته المحكمة الدستورية العليا في أحكامها؛ ففي حكمها بتاريخ 1980/1/19 ذهبت إلى أن "**.. يتعين لاعتبار العقد إدارياً أن يكون أحد طرفيه شخصاً معنوياً عاماً يتعاقد بوصفه سلطة عامة وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود الإدارية وهو انتهاج أسلوب القانون العام فيما تتضمنه هذه العقود من شروط استثنائية بالنسبة لروابط القانون الخاص[2]..**".

ومن ذلك أيضاً حكمها في الطعن رقم 7 لسنة 16 بتاريخ 1999/2/6 والذي جاء به "**..العقود الإدارية هي التي يكون أحد أطرافها شخصاً من أشخاص القانون العام يتعاقد بوصفه سلطة عامة في شأن يتصل بتسيير مرفق عام منتجهاً في ذلك وسائل القانون العام التي تعتبر الشروط الاستثنائية التي تضمنتها هذه العقود كاشفة عنها ومبلورة لها**".

وسوف نتناول عناصر المعيار المميز للعقد الإداري بشيء من التفصيل.

الشرط الأول: ضرورة أن تكون الإدارة طرفاً في العقد:

في عقود التجارة الدولية فإن العقد المبرم قد يكون من قبل الإدارة نفسها، وقد يبرمه أشخاص طبيعة أو معنوية فهذا الأمر لا يؤثر بطبيعة الحال في كون العقد

---

1 حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ 1/24 /1995 في الطعن رقم 2128 لسنة 35ق ص98

2 حكمها بتاريخ 19 /1 /1980 – مجموعة أحكام المحكمة – الجزء الأول ص244.

تجارياً، إلا أن الأمر يختلف في العقود الإدارية سواءً كانت عقوداً داخلية أو دولية، فقواعد القانون الإداري ما وجدت إلا لتنظيم نشاط الإدارة؛ لذلك كان من اللازم أن تكون الإدارة طرفاً في العقد؛ لذلك فمتى ما تم إبرام العقد من قبل أشخاص أو هيئات خاصة؛ فإن العقد يخرج من نطاق القانون الإداري، وفي ذلك ذهبت المحكمة الإدارية العليا في حكمها بتاريخ 1994/1/18م إلى أن "**العنصر الأول في تمييز العقود الإدارية - وهو كون الإدارة طرفاً فيها- أمر طبيعي؛ لأن العقود الإدارية هي طائفة من عقود الإدارة؛ وبالتالي فإن العقد الذي لا يكون أحد أطرافه شخص من أشخاص القانون العام لا يمكن اعتباره عقداً إدارياً**[1]".

وعلى الرغم من وضوح هذا الشرط، إلا أن الأمر يتطلب منا توضيح بعض الأمور المتصلة به وفقاً للآتي[2]:

1-لإسباغ الصفة الإدارية على العقد فإنه يجب أن تتعاقد الجهة الإدارية بصفتها الإدارية فإذا ما تعاقدت الإدارة باعتبارها ممثلاً لشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد لا يكون إدارياً ويخضع بالتالي لأحكام ا لقانون الخاص.

2- تحول الجهة الإدارية من شخص من أشخاص القانون العام إلى شخص من أشخاص القانون الخاص يؤدي إلى فقدان العقد لأحد العناصر التي تسبغ عليه الصفة الإدارية فيتحول بطبيعة الحال إلى عقد من عقود القانون الخاص.

3- ضرورة أن تبرم الجهة الإدارية للعقد بوصفها سلطة عامة فإذا ما ابرمته كشخص من أشخاص القانون الخاص فإن العقد يخرج من نطاق القانون الإداري.

---

1 المحكمة الإدارية العليا - الطعن رقم 1386 لسنة 33ق عليا جلسة 1994/1/18 -- الموسوعة الإدارية الحديثة- الجزء 49ص46

2 جابر جاد نصار مرجع سابق ص33 وما بعدها

4- قد يكون العقد في بعض الحالات إدارياً وحتى لو تم إبرامه من قبل شخصين من أشخاص القانون الخاص في حالة ما إذا كان أحد الأطراف يتعاقد لحساب شخص معنوي عام حيث يكون هذا الشخص وكيلا عن الجهة الإدارية ويتصرف لحسابها.

الشرط الثاني: أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام:

يشترط في العقد الإداري اتصاله بنشاط مرفق عام أي أن الخدمة يجب أن تشبع حاجة جماعية. وفكرت المرفق العام هي التي بررت وجود قواعد قانونية متميزة تطبق في المجال الإداري.. ذلك أن مقتضيات سير المرافق العامة هي وحدها التي تبرر ما تضمنه الفقه الإداري من خروج عن المألوف في القانون الخاص وعلى منطق القواعد التي تحكم علاقات الأفراد فيما بينهم[1].

إلا أن هذا الشرط غير كافي لتمييز العقود الإدارية الداخلية والدولية عن عقود التجارة الدولية فهناك الكثير من العقود الدولية التي تبرمها الجهة الإدارية وتكون متصلة بالمرفق العام ولكنها لا تخضع للقانون الإداري **" فصلة العقد بالمرفق العام وإن كانت شرطاً لازماً فإنها ليست كافيه"**[2].

---

1 جابر جاد نصار العقود الإدارية مرجع سابق ص39.

2 محكمة القضاء الإداري في القضية 780 بتاريخ 1956/12/9.

الشرط الثالث:أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية

هذا الشرط يعتبر المحك الفاصل والعنصر الحاسم في تمييز العقد الإداري الدولي عن عقود التجارة الدولية ، بل يذهب جانب من الفقه بأنه يكفي لإسباغ الصفة الإدارية على العقد احتوائه على شروط استثنائية غير مألوفة[1] ، فالعقد الإداري بشكل عام يحتوي على شروط استثنائية غير مألوفة في عقود الأفراد في نطاق القانون الخاص " **فالمعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود الأفراد وعقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة ليس هو صفة المتعاقد، بل موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام على أية صورة من الصور مشتركاً في ذلك وعلى درجة متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة في العقد**"[2].

ولا تخضع الشروط الاستثنائية لحصر حيث لم يعن القضاء الإداري في فرنسا أو مصر بتحديد صور الشروط الاستثنائية حيث ترك للقاضي السلطة التقديرية في تفحص العقد ، ثم الإقرار بعد ذلك في كون العقد قد تضمن شروطاً غير مألوفة في نطاق القانون الخاص أم لا[3].

---

1 وهذا بطبيعة الحال يخالف الإتجاه المستقر عليه من قبل القضاء الإداري في فرنسا ومصر من ضرورة توافر الشروط الأخرى وللإستزاده من تفاصيل هذا الموضوع راجع في ذلك ثروت بدوي مرجع سابق ص80.

2 المحكمة الإدارية العليا: الطعن رقم 1571 لسنة 41ق عليا جلسة 1997/3/25-الموسوعة الادارية/الجزء 49 ص63

3 ومن هذه الشروط غير المألوفة في نطاق القانون الخاص المزايا التي تقدمها الدولة للمستثمر الأجنبي كالإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية ، أو منح المستثمر أرضا لبناء مشروعه عليها وللاستزادة في ذلك راجع د.عبد المنعم محفوظ قضاء المشروعية وفلسفة الإنفتاح الاقتصادي في مصر الطبعة الأولى 1984 ص412.

ونظراً لأهمية الشروط الاستثنائية في تمييز العقد الإداري فقد حاول الفقه تحديد صور هذه الشروط وردها إلى قسمين اثنين الأولى شروط لها طابع السلطة العامة والثانية شروط ترتبط بمبادئ القانون العام.

أولاً- شروط لها طابع السلطة العامة:

أي تشتمل على عنصر من عناصرها أو امتياز من امتيازاتها ، وبطبيعة الحال ليست كل هذه الشروط في صالح جهة الإدارة فمنها ما يقرر للإدارة امتيازات في مواجهة المتعاقد معها مثل التنفيذ المباشر، ومنها ما يرتب التزامات على عاتق الإدارة لمصلحة المتعاقد معها مثل تحويل الملتزم سلطة نزع الملكية لإقامة منشآت المرافق العامة أو منحة سلطات بوليسية اتجاه المنتفعين بخدمات المرفق[1].

ثانياً- شروط ترتبط بمبادئ القانون العام:

وهذه الشروط تكون غير مألوفة في العقود المدنية والتجارية حيث تعطى هذه الشروط للإدارة الحق في المساس بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، عن طريق الحق في تعديل شروط العقد ، سواء أكان ذلك بتعديل التزامات المتعاقد معها زيادة أو نقصاناً أو تعديل في الأثمان أو مدة تنفيذ الالتزام.

وخلاصة ما سبق فإنه لتحديد نوع العقد الدولي وكونه يدخل ضمن عقود التجارة الدولية أم من ضمن العقود الإدارية ، فإنه يجب النظر إلى شروط العقد فقد تبرم

---

1 سليمان محمد الطماوى مرجع سابق ص93 جابر جاد نصار مرجع سابق ص47.

الإدارة عقداً دون أن يحتوي على تلك الشروط الاستثنائية السالف ذكرها فيكون العقد ضمن عقود التجارة الدولية الداخلة في نطاق بحثنا، ومن جانب آخر قد يبرم أحد الأشخاص مع احتوائه على شروط استثنائية فيخرج بالتالي هذا العقد عن دراستنا إذا كان هذا الشخص يبرم العقد نيابة عن جهة الإدارة[1].

ونشير هنا بان الدولة قد تضطر لإبرام هذا النوع من العقود بصفتها شخصاً خاصاً وتخضع بالتالي لأحكام القانون الخاص والسبب في ذلك يعود إلى عزوف المستثمر الأجنبي عن التعاقد إن استخدمت الدولة أساليب القانون العام ، ومن جانب آخر أهمية هذا النوع من العقود وحاجة الدولة لها وفي هذه الحالة فإن هذا النوع من العقود سيدخل بطبيعة الحال في نطاق بحثنا[2] .

---

[1] جابر جاد نصار ، المرجع السابق ، ص 48 وما بعدها.

[2] **KAHN : (Ph.)** probleme juridique de I investissement dans les pays de I ancienne AFrique Francais JDI . 1965 p. 381.

الباب الأول

موقف الأنظمة الوطنية والشريعة الإسلامية

من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد

سنتناول في هذا الباب موقف الأنظمة الوطنية من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد ، حيث سنقسم هذا الباب إلى فصلين سنتناول الفصل الأول موقف الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة ، وموقف النظام القانوني الفرنسي وكذلك النظام القانوني الإنجليزي بالإضافة إلى القانون الألماني كلاً في مبحث مستقل وذلك رغبة منا لدراسة الأنظمة اللاتينية والإنجلوسكسونية والجرمانية لإجراء المقارنة بين تلك الأنظمة .

أما الفصل الثاني من هذا الباب فسنتعرض فيه لموقف النظام القانوني لدولة الإمارات من هذه المشكلة حيث سنتناول موقفه من الظروف الطارئة ، وكذلك نظرية القوة القاهرة .

الفصل الأول

تباين الأنظمة الوطنية والشريعة الإسلامية في معالجة مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد

سنتناول في هذا الفصل موقف الشريعة الإسلامية الغراء من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد بمذاهبها الأربعة[1] ، ثم سنتطرق لموقف القانون الفرنسي والألماني والإنجليزي ، وسنتعرض لأهم النظريات المستخدمة في تلك الأنظمة في معالجتها لهذه المشكلة .

---

1 تعتبر الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في دستور دولة الإمارات العربية المتحدة .

المبحث الأول

موقف الشريعة الإسلامية من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد

تباينت رؤية فقهاء الشريعة الإسلامية لمشكلة تغير الظروف التي تطرأ على العقد بعد إبرامه حيث نحى الفقه الإسلامي منحيين اثنين أحدهما تزعمه المذهب الحنفي ، والآخر كان للمذهب المالكي ، أما الشافعية والحنبلية فقد تفاوتوا واتخذوا قدراً مشتركاً يميل تارة نحو الأخذ بنظريات المذهب الحنفي وتارة نحو الأخذ بنظريات المذهب المالكي. وقد جاء كلا المذهبين الأولين -الحنفي والمالكي- بنظريات خاصة تعالج مشكلة تغير الظروف ، فالحنفية مثلاً توصلوا إلى نظرية العذر وجاءوا بنظريه تتعلق بتغير القيمة الاقتصادية ، في حين أن المالكية كان لهم قدم السبق في إنشاء نظرية الجوائح.

المطلب الأول

موقف الفقه الحنفي من تغير الظروف

ذكرنا آنفاً أن الفقه الحنفي عالج مشكلة تغير الظروف ضمن مجالين اثنين الأول هو ما يسمى بنظرية العذر أما الثاني فهو مشكلة تغير القيمة الاقتصادية.

الفرع الأول

نظرية العذر

العذر هو عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق ، فالعذر لدى فقهاء الاحناف هو كل مالا يمكن معه استيفاء المعقود عليه إلا بضرر يلحق المتعاقد في نفسه أو ماله[1] إذ لو لزم العقد عند تحقق العذر للزم صاحب العذر ضرر لم يلتزمه بالعقد ، فكان الفسخ في الحقيقة امتناعاً من التزام الضرر[2].

فالعذر إذن عجز العاقد عن المضي في موجبه إلا بتحمل ضرر زائد[3].

ومن خلال التعريف السابق نلحظ أن مفهوم العذر عند الحنفية لا يفترق كثيراً عن فكرة الظروف الطارئة غير أنهم توسعوا في مضمون العذر توسعاً شديداً ، فلو تأملنا كلام الفقيه الحنفي (الكاساني[4]) لوجدناه قد نظر إلى العذر من ثلاث جوانب، جانب المُستأجِرْ، وجانب المؤجر، وجانب المُسْتَأجَرْ.

أما العذر الذي قد يكون في جانب المستأجر فيكون على صور منها:

- **أن يكون الفسخ لدفع ضرر قد ينزل به**

ومن أمثلة ذلك:من استأجر حانوتاً فأفلس بحيث لم يعد في إمكانه مواصلة نشاطه التجاري فتخلى عنه ، أو يكون قد فشل فشلاً ظاهراً في الحرفة التي يقوم بها،فيتجه قصده إلى الانتقال منها إلى حرفة أخرى ، أو أن يعتزم السفر لمصلحة

---

1 حاشية ابن عابدين وهي الحاشية المسماة "رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار" ص76.
2 بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني الجزء الرابع الطبعة الأولى ص197
3 تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق للزيعلي الجزء الخامس ص159
4 بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق ص88.

عاجلة يتدبرها ، فلو أبقينا العقد مع وجود الأعذار السابقة فان ذلك معناه إبقاء العقد من غير استيفاء المنفعة،وفي ذالك إضرار بالمستأجر على نحو لم يلتزمه العقد[1]

- **أن يكون الفسخ لمرض أو موت يصيب المستأجر**

ومن مثال ذلك: إذا مات من استأجر دابة ليسافر عليها،وكان الموت قد فاجأه في بعض الطريق ، فيتعين عليه الأجر بحساب ما سافر ويبطل بحساب ما يبقى[2].

ولفظ الموت في هذه الحالة عند فقهاء الحنفية لفظ مطلق يشمل الموت الحقيقي والموت الحكمي ، ومن صوره الارتداد عن العقيدة الدينية[3].

- **أن يكون الفسخ لعدول المستأجر عن العقد**

وذلك بسبب يقدره هو تقديراً شخصياً ، بحيث لو أجبر على تنفيذه لكان في إجباره عليه إتلاف شيء من بدنه أو مال[4].

ومن أمثلة ذلك: إذا استأجر شخص طبيباً ليخلع له ضرساً موجعاً ، أو ليبتر له ذراعاً بسبب مرض ، وكذلك لو استأجر طباخاً ليعد له وليمة بمناسبة زواج أو لأي سبب من الأسباب ، فللمستأجر في جميع هذه الحالات فسخ العقد ، وليس

---

1 الفتاوى الهندية الجزء الرابع ص444 ونشير هنا للعلم بأن الفتاوى الهندية سميت بهذا الاسم نسبة إلى مشاهير أهل الهند الذين قاموا بوضعها وكان ذلك برئاسة مولانا الشيخ نظام بناء على أمر أحد سلاطين الهند وهو السلطان أبو المظفر بهاء دور عالم كير وقد روعي فيه استخلاص الإحكام الشرعية على مذهب الإمام أبي حنيفة بعد تنقيتها من المسائل الخلافية والروايات الضعيفة .

2 الدر المنتقي في شرح الملتقى على هامش مجمع الأنهر لمحمد بن علاء الدين الإمام الجزء الثاني ص401، وانظر ايضا رمز الحقائق في شرح كنز الدقائق لأبي محمد بن محمود بن احمد العيني ص 204 .

3 البحر الرائق شرح كنز الدقائق لمحمد بن حسين بن على المشهور بالطواري ص41

4 الفتاوى الهندية مرجع سابق ص 440 وانظر أيضا تبيين الحقائق للزيعلي مرجع سابق ص 145 .

للطرف الآخر أن يجبره على خلع الضرس أو بتر العضو أو إقامة الوليمة ، إذ في ذلك إتلاف لشيء من بدنه أو ماله.

وهناك حالات قد ترقى إلى مرتبة العذر الذي يفسخ به العقد كخوف المستأجر سواء من العسكر أو من رجم الجن في الدار المؤجرة أو من مخاطر الطريق[1].

ومثال ذلك: إذا استأجر شخصاً داراً بغرض السكن بأجرة معينة مقبوضة وأمضى فيها شطراً من الإيجار إلا أنه تركها خوفاً من العسكر فأجرها المالك في غيبته لشخص آخر وبعد زوال دواعي الخوف ، عاد المستأجر الأول وطالب المالك بتسليمه الدار المؤجرة فإن كان المستأجر الأول قد ترك الدار على وجه الفسخ بسبب الخوف فالإجارة الأولى تفسخ بهذا العذر، فإن لم يتركها على وجه الفسخ فصاحب الدار غاصب[2].

وأما العذر الذي قد يكون في جانب المؤجر فعلى صورتين:

- أن يلحق المؤجر دين فادح لا يجد قضاءه إلا من ثمن الشيء المؤجر،سواءً كان ذلك الشيء عقاراً أو منقولاً؛ فإبقاء الإجارة مع لحوق الدين الفادح العاجل إضرار - بالمؤجر لأنه يحبس به ولا يجوز الجبر على تحمل ضرر غير مستحق بالعقد[3].

- أن تكون للمؤجر حاجة ماسة لتغطية نفقتة أو نفقة أقاربه بسبب الإعسار فيجوز له فسخ العقد بسبب ذلك العذر[4].

---

1 الفتاوى الهندية مرجع سابق ص447

2 حاشية ابن عابدين مرجع سابق ص76

3 بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق ص204

4 الفتاوى الهندية مرجع سابق ص444 وانظر أيضا حاشية ابن عابدين مرجع سابق ص 76 .

* فأما العذر الذي قد يكون في جانب المستأجَر فعلى صورة واحده وهي أن يحدث في المستأجر عيب يخل بالانتفاع بالمعقود عليه.

ومن أمثلة ذلك : الدار المستأجرة إذا تهدمت كلياً أو جزئياً ، وكالدابة المستأجرة إذا هلكت وأصيبت بالعرج أو تقرح ظهرها أو غير ذلك ، وكالأرض الزراعية المستأجرة إذا أغرقتها مياه الفيضان أو غطتها الرياح بطبقة من الرمال ، وكرحى الماء المستأجرة إذا تهشم حجرها أو انقطع عنها الماء الذي يديرها[1].

ولكن هناك مأخذ على تقسيم الفقيه الحنفي الكاساني ، فذلك التقسيم تقسيم قاصر حيث أنه اقتصر على الجوانب الثلاثة السابقة وأغفل فئة رابعة من الأعذار تكون في جانب الغير ومثال ذلك: إذا قامت امرأة بتأجير نفسها ظئراً - أي مرضعة بمقابل - وكان ذلك مما يخدش سمعة عائلتها أو يجرح كبريائها ، كان لأهلها أن يفسخوا عقد الإجارة بسبب هذا العذر . حيث أن عقود الاسترضاع كان ينظر إليها قديماً على أنها من الصنائع الدنيئة[2].

---

1 تبيين الحقائق للزيعلي ص 444 وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ص443 .
2 وكان يجري على السنة القوم من أنه " تجوع الحرة ولا تأكل بثديها "
انظر في ذلك بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق ص199

الفرع الثاني

تغير القيمة الاقتصادية

يندرج تحت دراسة نظرية"تغير القيمة الاقتصادية" موضوعات الأول يتعلق بتغير قيمة النقود ، بينما يتعلق الثاني بتغير القيمة الإيجارية سواءً بالنسبة للوقف أو بالنسبة للحكر.

*الموضوع الأول: تغير قيمة النقود

الأحكام المتعلقة بتغير قيمة النقود لا تنطبق على جميع أنواع العملات إنما هي خاصة بالعملات المسكوكة من معادن أخرى غير الذهب والفضة ،كالنحاس والبرونز والحديد وغيرها من المعادن أما العملات المسكوكة من معدني الذهب والفضة فلم تكن تخضع لأحكام الظروف الطارئة وربما كان السبب في ذلك هو احتوائها على قيمة ذاتية تكاد تكون ثابتة من المعدن النفيس ،هذا فضلاً عن قيمتها الرسمية بخلاف غيرها من المعادن[1].

وقد ركز فقهاء الحنفية جهودهم في سبيل إيجاد حل لهذه المعضلة، فأمعنوا النظر فيها ورأوا أنها تدور حول ظاهرتين اثنتين كثيرتا الوقوع في الحياة العملية أما الظاهرة الأولى فهي تغير الظروف تلقائياً بما يؤدي إلى انعدام القوة الشرائية

---

1 حسبو الفزاوي :- أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن – رسالة دكتوراه – 1979 ص54.

للنقود[1] وأما الظاهرة الثانية فهي صدور أوامر من قبل الحاكم ،ينجم عنها اضطراب في سعر العملة الجارية في التداول.

فأما التغير التلقائي للظروف فيحتمل أن يؤدي إلى انعدام قيمتها وذلك يكون إما لكسادها لترك الناس التعامل بها وبالتالي فقدانها لقيمتها في التعامل ، وإما لانقطاعها انقطاعاً تاما بحيث يصبح من العسير الحصول عليها ، وحكم العقد في هذه الحالة تعددت وجهات نظر فقهاء الحنفية فيه ، فمثلا يرى الإمام أبو حنيفة إلى أن انعدام قيمة النقود يؤدي إلى بطلان عقد البيع لانتفاء الثمن ، أما أبو يوسف فيرى ضرورة إلزام المشتري وفاء قيمتها بحسب ما كانت عليه يوم إبرام عقد البيع بينما ألزم محمدٌ المشتري بسداد آخر ما استقرت عليه قيمة هذه النقود في التعامل ، قبل زوال قوتها الشرائية أو اختفائها[2].

ويتضح من الآراء السابقة ، أن أبا حنيفة ومحمد يقران الظروف المتغيرة بأثرها في انقضاء عقد البيع أو تعديل شروطه بحسب الأحوال ، بعكس أبي يوسف الذي لم يلتف إلى ماجَد من ظروف وما طرأ من تغير في قيمة النقود. فقد نادى بإلزام المشتري الوفاء بالقيمة التي كانت لتلك النقود وقت إبرام العقد.

وأما الاحتمال الآخر لهذا التغير التلقائي فهو أن يترتب على تغير الظروف انخفاض أو ارتفاع في قيمة النقود دون أن يؤدي ذلك التغير إلى انعدام قيمة النقود انعداماً تاماً.

---

1 مجموعة رسائل ابن عابدين الجزء الثاني " رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود " ص62
2 مجموعة رسائل ابن عابدين المرجع السابق ص63

وقد ذهب الإمام أبو حنيفة إلى إلزام المقترض في عقد القرض رد ما قبض من عدد النقود دون أي اعتبار لما تكون عليه قيمتها . أما أبو يوسف فقد ألزم المقترض برد قيمة النقود المقترضة بالذهب بحسب ما كانت عليه هذه القيمة يوم إبرام عقد القرض ، أما محمد فقد أوجب على المقترض رد قيمة النقود يوم اختلال قيمتها . ويظهر من عرض هذه الآراء الفقهية ، أن أبا حنيفة ومحمداً بخلاف أبي يوسف – كما في المسألة السابقة – يقضيان بتعديل شروط العقد ، إذا ما تغيرت قيمة النقود[1].

هذا بالنسبة للظاهرة الأولى ، أما الظاهرة الثانية وهي تتصل بما يصدر عن الحاكم من أوامر ينجم عنها اضطراب في سعر العملة الجارية في التداول فلها ثلاث أحوال:-

أ – أن تكون العملة معينة بنوعها باتفاق الطرفين المتعاقدين ، وصدر أمر من الحاكم بتخفيض قيمتها ؛ فليس للبائع أو المقترض أن يرفض استلامها بحجة نقص قيمتها.

ب – أن لا تكون العملة معينة بنوعها منذ البداية ؛ فيتوجب الوفاء بأي عملة أخرى وكسب القيمة المتفق عليها في العقد .

ج – أن يكون الأمر بالتخفيض شامل لعدة أنواع من العملات وبشكل متفاوت ، وهنا تكمن المشكلة ؛ فإذا أطلقنا يد البائع أو المقترض في تحديد العملة التي يقبل التسوية على أساسها لما تردد في اختيار العملة الأقل تخفيضاً ، وفي هذا ضرر بالمشتري أو المقترض . وإن نحن خيرنا المشتري أو المقترض

---

1 حسبو الفزاوي مرجع سابق ص58.

في تعيين العملة التي يفضل الوفاء بها ، لما كان أمامه سوى اختيار العملة التي تقع في مركز وسط من حيث تأثرها بهذا التخفيض وذلك منعاً للظلم وتوزيعاً للضرر بين المتعاقدين.

وفي ذلك يقول ابن عابدين " .. **أما إذا صار ما كان قيمته من نوع يساوي تسعين ومن نوع آخر يساوي خمسة وتسعين ومن آخر ثمانية وتسعين فإن ألزمنا البائع بأخذ ما يساوي التسعين بمائه فقد اختص به الضرر وأن ألزمنا المشتري بدفعه بتسعين اختص الضرر به فينبغي وقوع الصلح على الأوسط**[1].."

***الموضوع الثاني: تغير القيمة الإيجارية**

تبعاً للقاعدة المطردة فإنه لا يجوز فسخ عقد الإيجار أو تعديل الأجرة لمجرد حدوث تغير في أجرة المثل زيادة أو نقصاناً[2] ولكن يرد استثناءان على هذه القاعدة فيما يتعلق بأمرين هما : الوقف والحكر .

---

1 يقوم هذا النظام على توزيع المخاطر بين المتعاقدين ويقابل ذلك " نظرية الظروف الطارئة" المعمول بها في بعض الأنظمة القانونية كما يقابلها في عقود التجارية شرط الطوارئ hard ship والذي يتم بموجب إعادة التفاوض بين الأطراف لتوزيع الأعباء وسوف نتناول ذلك في مراحل متقدمة من هذا البحث ولمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع ضمن النطاق الشرعي راجع في ذلك : حسبو الفزاري مرجع سابق ص 58 و انظر أيضا فاضل شاكر النعيمي نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، مطبعة دار الجاحظ ، بغداد 1969 ص 178

2 الفتاوي الهندية مرجع سابق ص444
السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي مرجع سابق ص200
فاضل شاكر النعيمي مرجع سابق ص174

الوقف : نظراً لأهميته في الشريعة الإسلامية فقد عني الفقهاء به عناية بالغة وذلك باستخراج بعض الأحكام المتعلقة بالظروف الطارئة بالنسبة له وذلك بمقارنته بأجرة المثل من جانبين الزيادة والانخفاض ، ففي حالة أجرة المثل يتعين العمل على زيادة أجرة الوقف تبعاً لذلك ولكن ذلك لا يكون إلا بشرطين :
أولاً: أن تكون أجرة المثل عامة، بحيث تغطي جانباً كبيراً من العقارات المماثلة للوقف ، فإذا تطوع شخص ما بزيادة الأجرة تعنتاً على مستأجر الوقف لم ينطبق الحكم المذكور.

الثاني: أن يكون الفسخ ممكناً فمثلاً: إذا صادف وجود مزروعات بأرض الوقف لم تحصد بعد لم يفسخ العقد ، وإنما يظل بأجرة المثل حتى تحصد تلك المزروعات .
هذا فيما يتعلق بالزيادة أما في حالة الانخفاض فالمتفق عليه بين الفقهاء هو عدم تأثر عقد الإجارة بذلك ، وبالتالي عدم فسخه .

الحكر:- يختلف الحكر عن الوقف في شأن الظروف الطارئة في أنه بالإمكان زيادة أجرته أو إنقاصها تبعاً لما قد تؤول إليه أجرة المثل من زيادة أو نقصان وتسمى هذه العملية بتصقيع الحكر.

المطلب الثاني
موقف الفقه المالكي من تغير الظروف

رأينا من خلال دراستنا للفقه الحنفي كيف أن الأحناف قد وفقوا في استخلاص الأحكام التي تنظم العذر ومن خلال هذا المطلب سنستعرض لموقف المالكية من مسألة تغير الظروف وأثرها على العقود من خلال إبراز الأحكام التي تنظم الجوائح[1].

الفرع الأول
نظرية الجوائح

تعتمد هذه الفكرة من حيث المبدأ على بيع الثمار قبل نضجها أي أنه يتم بيع الثمار وهي لما تزل ملتصقة بأشجارها فتصيبها نازلة قبل قبضها فعلياً ، فتؤدي إلى تلفها ونقصان قيمتها وبناءً على ذلك فإن الجائحة تعرف على أنها كل آفة أو نازلة تصيب الثمار المبيعه وهي على رؤوس الأشجار فيوضع عن المشتري من الثمن بقدر ما أصابته الجائحة[2].

وقد اختلف المذهب المالكي حول طبيعة الجائحة التي من شأنها أن تؤثر في العقد ونطاق تطبيقها وقد انقسم رأى الفقهاء إلى ثلاثة آراء :

---

1 لمزيد من التفاصيل حول موقف الفقه المالكي في هذه المسألة راجع في ذلك :-
* المدونة الكبرى للامام مالك الجزء الثاني عشر كتاب الجوائح ص38 وما بعدها
* بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد الجزء الثاني ص156 وما بعدها
* السنهوري مصادر الحق في الفقه الإسلامي مرجع سابق ص104
* فاضل شاكر النعيمي مرجع سابق ص27 وما بعدها
2 حسبو الفزاري :- مرجع سايق ص59.

الرأي الأول :- يرى أنصار هذا الرأي أن الجائحة هي التي لا ترجع في أصلها إلى فعل الآدميين وإنما تكون بفعل حوادث أو نزلات سماوية ومن أمثلة ذلك انقطاع المطر وانحسار العيون وهبوب العواصف وتقلبات الطقس بين الحرارة والبرودة والذي من شأنه التأثير على المحاصيل وانتشار الأوبئة الزراعية والديدان المتلفة للمحاصيل والجراد والفيضانات وغيرها من أنواع الجوائح .
وقد استند أنصار هذا الرأي بظاهر الحديث الشريف الذي يقول فيه الرسول – صلى الله عليه وسلم- "أرأيت إن منع الله الثمرة" فالمنع في هذا الحديث يرجع إلى الله وليس إلى فعل الآدميين.

الرأي الثاني:- اتجه أنصار هذا الرأي إلى عدم اقتصار الجائحة على الآفات السماوية فالجائحة من الممكن أن تكون بأفعال الآدميين فإذا كانت أفعال الآدميين غالبة ولايستطيع المتعاقدين دفعها أو ردها كاجتياح الجيوش كانت في حكم الجائحة أما إذا كانت أفعال الآدميين غير غالبه وكان يمكن للمتعاقدين التحرز منها أو دفعها فلا تعتبر من الجوائح كالسرقة مثلاً.

وقد استند أنصار هذا الرأي إلى إن فعل الإنسان إذا كان غالباً فأنه يكون في مرتبه متساوية مع الآفة السماوية من حيث الاستعصاء على الدفع و الرد.

الرأي الثالث:- يعتبر هذا الرأي من الآراء والاتجاهات الموسعة لحكم الجائحة حيث يرى أنصار هذا الرأي أن الجائحة تشمل كل الأفعال سماوية كانت أم بفعل

الآدميين غالبة كانت أم غير غالبه ولكن بشرط أن لا تكون الجائحة بفعل صادر من أي من المتعاقدين متأثر بذلك من فكرة المسئولية العقدية [1].

محل الجائحة:- لتطبيق أحكام الجائحة فان محل الجائحة لا بد وأن يقع على ثمار الفاكهة بكافة ضروبها كالتين والتفاح والرمان والبرتقال وكذلك الخضار بكافة أشكالها والبقوليات والقصب بالإضافة إلى بعض مالا يأكل كالورد مثل الياسمين والزنبق.

وقد اختلف فقهاء الأحناف في جواز اعتبار البقول محلاً للجائحة من عدمه فهناك من اتجه إلى اعتبارها محلاً للجائحة وهناك من لم يعتبرها كذلك والسبب في ذلك هو اختلافهم في تشبيهها بالأصل وهو الثمار ونحن من جانبنا فإننا نؤيد الرأي الأول وهو جواز اعتبار البقول محلاً للجائحة طالما أنه مازال ملتصقاً بالنبات ويعتمد في غذاءه عليه إلى حين النضج .

الفرع الثاني

أثر الجائحة على العقد

ذكرنا سابقاً بأن المذهب المالكي عالج مسألة تغير الظروف من خلال تخريجه لأحكام الجوائح ، لذلك كانت القاعدة العامة في الفقه الإسلامي هي العقد شريعة المتعاقدين ، فالمشتري إذا تسلم الثمار المبيعه ثم أصابتها جائحة وهي لما تزل

---

1 عبد الرزاق السنهوري :- مصادر الحق في الفقه الإسلامي مرجع سابق ص104 وانظر ايضا فضل شكر النعيمي مرجع سابق ص204.

مالتصقه بالشجر فتسببت هذه الجائحة إلى هلاك الثمار بشكل كلي أو كان الهلاك جزئياً فإن تبعة الهلاك تقع على عاتق المشتري ، إلا أن فقهاء المالكية جاءوا بأحكام الجائحة استثناءً من القاعدة العامة طالما أن الثمار لما تزل في حيازة البائع وملتصقة بملكه ، لذلك إذا أصابت الجائحة الثمار أجاز الفقه المالكي الحط من ثمن المبيع ، إلا أن الصعوبة تكمن في تحديد الجائحة التي من شأنها أن تؤثر في قيمة المبيع.

يرى فقهاء المالكية أنه لتطبيق أحكام الجوائح فإنها لابد أن تؤثر في ثلث الثمار أو زيادةً عن ذلك أما إذا كان تأثير الجائحة لا يمتد إلى ثلث الثمار فلا مجال لانطباق أحكامها أما بالنسبة للبقوليات[1] فيرى جانب من الفقهاء في المذهب المالكي انه من الممكن تطبيق أحكام الجائحة وحتى ولو لم يمتد تأثيرها إلى ثلث المحصول .
ولا تثور أية صعوبة إذا كانت الثمار التي من نوع واحد حيث أنه إذا أصابتها جائحة بمقدار الثلث مثلاً يتم اقتطاع المبلغ بمقدار الثلث إلا أن المشكلة تظهر عندما تكون الثمار المبيعه من أنواع مختلفة وأصابت الجائحة نوع واحد فقط ، ذهب فقهاء المذهب المالكي بأنه يتم احتساب الثلث وفقا للثمار المبيعه ككل وليس على حده ثم ينتقص الثلث من المبلغ الكلي.

ولحساب نسبة الثلث فإن هناك طريقتان وفقاً لما ذهب إليه المذهب المالكي[2] :-

---

1 للاستزادة راجع في ذلك المدونة الكبرى للإمام مالك مرجع سابق الجزء الثاني عشر المرجع السابق.34
2 حسبو الفزاري مرجع سابق 63 .

الطريقة الأولى:- تحسب الثمار عن طريق الكيل فإذا تعددت أنواعها أو اختلفت قيمتها حسبت عن طريق القيمة .

الطريقة الثانية:- تحسب الثمار عن طريق عامل القيمة فقط سواء تعددت الثمار أو لم تتعدد.

ويرى فقهاء المذهب المالكي أن أحكام الجوائح لا تطبق إذا جفت الثمار وهي لما تزل ملتصقة بالأشجار كالبلح الذي يصبح تمراً والعنب الذي يصبح زبيباً لأن الثمار الجافة تكون جاهزة للجني وبالتالي ينقضي الوقت الذي تطبق فيه أحكام الجوائح فالثمار الجافة تكون في غير حاجه للارتباط بالفرع الملتصقة به لاستكمال النضج والنضارة[1].

ولا تطبق أحكام الجوائح إذا ما وقع البيع على الثمار والأشجار معاً لأن الثمر والأصل وقعتا في يد المشتري فلا مجال لانطباق أحكام هذه النظرية إذاً.

---

1 المدونة الكبرى للإمام مالك مرجع سابق ص34.

المطلب الثالث
موقف الفقه الحنبلي والشافعي من تغير الظروف

ذكرنا آنفاً موقف كلاً من المذهب الحنفي والمالكي من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد من خلال نظرية العذر لدى الأحناف والجوائح عند فقهاء المذهب المالكي وسنلقي الضوء في هذا المبحث على تأثر كلاً من المذهب الشافعي والمذهب الحنبلي سواء بالنسبة لنظرية الأعذار أو الجوائح وفقاً للتفصيل التالي:-

الفرع الأول
موقف الفقه الشافعي

أولاً:- الأعذار

طبق فقهاء المذهب الشافعي أحكام نظرية العذر بشكل واضح وملموس [1]، إلا أن نقطة الخلاف بينهم وبين المذهب الحنفي كان في مجال تطبيق هذه النظرية ، حيث اتجه الفقه الشافعي إلى تطبيقها تطبيقاً ضيقاً عما هو متبع لدى الأحناف والسبب الرئيسي الذي أدى إلى هذا الخلاف هو اختلاف زاوية الرؤية لعقد الإجارة ففقهاء الشافعية يرون في عقد الإجارة أن المعقود عليه هو العين ذاتها وليس المنفعة ، وبناءً على ذلك فلا مجال لاختلاف المنفعة بمعزل عن العين ، فأحكام نظرية العذر عند فقهاء هذا المذهب تطبق في حال اختلاف العين المؤدي إلى فوات المنفعة[2].

---

1 الام للامام الشافعي الجزء الثالث ص242.
2 مجموعة فتاوي شيخ الإسلام ابن تيمية الجزء الثالث ص287

فلو استأجر شخصاً دابة ليسافر عليها فمرضت هذه الدابة أو نفقت ولم يتمكن من السفر بواسطتها ، أو استأجر داراً للسكنى فتهدمت الدار ولم يتمكن من تحقق المنفعة منها ، أو استأجر أرضاً زراعيه فأصابها الفيضان فيثبت للمستأجر حق الفسخ بسبب العذر لأن المنفعة قد فاتت المستأجر بسبب حدوث خلل في العين.
أما إذا ظلت العين المؤجرة سليمة دون حدوث خلل بها وفاتت على المستأجر الانتفاع بها ، ففي هذه الحالة لا يثبت للمستأجر حق التمسك بالفسخ بموجب أحكام نظرية العذر وذلك بسبب بقاء العين المؤجرة .

فلو مرض مستأجر الدابة أو احترقت بضاعته فلا يستطيع عند فقهاء المذهب الشافعي التمسك بالعذر لفسخ العقد وذلك بسبب بقاء العين المؤجرة ، وكذلك إذا أصابت الأرض الزراعية غارات الجراد أو حريق فلا مجال لتطبيق أحكام نظرية العذر بسبب بقاء العين المؤجرة وحتى لو فاتت المنفعة على المستأجر.

ثانياً:- الجوائح

لم يطبق المذهب الشافعي أحكام نظرية الجوائح في بيع الثمار والسبب في ذلك أنهم لا يجيزون للمشتري إبقاء الثمار على الأشجار، لأن موجب العقد عندهم هو القبض الناجز فضمان الثمار يجعلونها على المشتري دون البائع لأنها تكون قد تلفت بعد القبض فالتخليه تكون في حكم التسليم .

الفرع الثاني

موقف المذهب الحنبلي

أولاً:- الأعذار

وقف المذهب الحنبلي موقفاً وسطاً بين التوسع الذي أخذ به فقهاء المذهب الحنفي في تطبيق أحكام نظرية الأعذار والموقف الضيق الذي اتجه إليه فقهاء المذهب الشافعي[1].

فالفقه الحنبلي يرى بتطبيق نظرية العذر في حال حدوث خلل بالعين المؤجرة المؤدي إلى فوات المنفعة كالفيضان الذي يصيب الأرض الزراعية وانهدام الدار المؤجرة للسكنى.

كما يرى فقهاء هذا المذهب بجواز تطبيق أحكام نظرية العذر إذا كان الخلل قد أصاب المنفعة دون العين بشرط أن يكون العذر عاماً وليس فردياً كحدوث الخوف العام الذي يمنع المستأجر من استيفاء منفعة الدار المؤجرة والحصار الذي يفرضه الأعداء على إحدى المدن فيحول ذلك دون خروج المستأجر إلى حيث يباشر زراعة الأرض المستأجرة.

ثانياً:- الجوائح

طبق المذهب الحنبلي أحكام الجوائح ففقهاء هذا المذهب عرفوا الجائحة بأنها " **كل آفة لا صنع للآدمي فيها كالريح والبرد والجراد والعطش**" وقد توسع المذهب الحنبلي في تطبيق الجائحة فلم يتقيد بمقدار الثلث فلا فرق لديهم بين

---

[1] للاستزاده من موقف المذهب الحنبلي راجع في ذلك المغني لابن قدامه الجزء الرابع مرجع سابق ص94

القليل والكثير ففي كلتا الحالتين تطبق أحكام الجائحة وإنما استبعدوا الحالات الضئيلة جداً أي بمقدار ما يأكله الطير فإذا أصابت الجائحة الثمار بتلف يجاوز هذه الحدود المألوفة أو المعتادة وضع من الثمن بقدره إن كان التلف جزئياً وفسخ العقد نهائياً إن كان التلف كلياً

المطلب الرابع
رأي مجمع الفقه الإسلامي من تغير الظروف

بحث هذا الموضوع مجمع الفقه الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الخامسة سنة 1402 هجريه، وأصدر قراراً مفصلاً لا يحتاج إلى مزيد بيان، وهذا نصه[1] :

الحمد لله ، والصلاة والسلام على من لا نبي بعده ، سيدنا ونبينا محمد وآله وصحبه ، وسلم تسليماً كثيراً . أما بعد:

فقد عرض على مجلس المجمع الفقهي الإسلامي مشكلة ما قد يطرأ بعد إبرام عقود التعهد ونحوها من العقود ذات التنفيذ المتراخي في مختلف الموضوعات ، من تبدل مفاجئ في الظروف والأحوال ذات التأثير الكبير في ميزان التعادل ،

---

1 أشار إلى النص أ.د. علي أحمد السالوس الاقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة دار الثقافة الدوحه – مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع ص750 – 757.
مجمع الفقه الإسلامي ISA هو عضو فرعي لمنظمة المؤتمر الإسلامي oic التي أنشأها مؤتمر القمة الإسلامي الثالث والذي عقد بمكة المكرمة "السعودية" في ربيع الأول لسنة 1401هجرية يناير 1981م.
مقر المجمع هو جده ويتم اختيار أعضائه وخبرائه من بين أفضل العلماء والمفكرين في العالم الإسلامي والأقليات المسلمة في الدول الغير مسلمة ، وذلك في جميع فروع المعرفة (الفقه الإسلامي . العلوم – الطب – الاقتصاد والثقافة.....الخ)
وقد أصبح المجمع حقيقة واقعية باعتباره إحدى الهيئات المنبثقة عن منظمة المؤتمر الإسلامي.

الذي بني عليه الطرفان المتعاقدان حساباتهما ، فيما يعطيه العقد كلا منهما من حقوق ، وما يحمله إياه من التزامات ، مما يسمي اليوم في العرف التعاملي بالظروف الطارئة .

وقد عرضت مع المشكلة أمثلة لها من واقع أحوال التعامل وأشكاله توجب التفكير في حل فقهي مناسب عادل يقضي على المشكلة في تلك الأمثلة ونظائرها كثيرة .

فمن صور هذه المشكلة الأمثلة التالية:

1- لو أن عقد مقاولة على إنشاء بناية كبيرة يحتاج إنشائها إلى مدة طويلة تم بين طرفين ، وحدد فيه سعر المتر المكعب من البناء وكسوته بمبلغ مائة دينار مثلاً. وكانت كلفة المواد الأولية من حديد وأسمنت وأخشاب وسواها وأجور عمال تبلغ عند العقد للمتر الواحد ثمانين ديناراً ، فوقعت حرب غير متوقعة أو حادث آخر خلال التنفيذ قطعت الاتصال والاستيراد وارتفعت بها الأسعار ارتفاعاً كبيراً يجعل تنفيذ الاتفاق مرهقاً جداً.

2- لو أن متعهداً في عهد توريد أرزاق عينية يومياً - من لحم وجبن ولبن وبيض وخضروات وفواكه ونحوها- إلى مستشفى أو إلى جامعة فيها أقسام داخلية ، أو إلى دار ضيافة حكومية ، بأسعار اتفق عليها في كل صنف لمدة عام ، فحدثت جائحة في البلاد أو طوفان أو فيضان أو زلزال ، أو جاء جراد جرد المحاصيل الزراعية ، فارتفعت الأسعار إلى أضعاف كثيرة عما كانت عليه عن عقد التوريد ، إلى غير ذلك من الأمثلة المتصورة في هذا المجال.

فما الحكم الشرعي الذي يوجبه فقه الشريعة في مثل هذه الأحوال التي أصبحت كثيرة الوقوع في العصر الحاضر الذي تميز بالعقود الضخمة بقيمة الملايين ، كالتعهد مع الحكومات في شق الطرق الكبيرة وفتح الأنفاق في الجبال ، وإنشاء الجسور العظيمة والمجمعات لدوائر الحكومة ، أو للسكنى والمستشفيات العظيمة أو الجامعات.

وكذا المقاولات التي تعقد مع مؤسسات أو شركات كبرى لبناء مصانع ضخمة ، ونحو ذلك مما لم يكن له وجود في الماضي البعيد .

فهل يبقى المتعاقد الملتزم على حدود عقده وأسعاره قبل تبدل الظروف وطروء التغيرات الكبيرة المشار إليها - مهما تكبد في ذلك من خسائر ماحقة ، أو ساحقة - تمسكاً بمقتضى العقد وحدوده في الأسعار والكميات ، أو له مخرج وعلاج من فقه الشريعة الحكيمة السمحة العادلة يعيد كفتي الميزان إلى التعادل ويحقق الإنصاف بقدر الإمكان بين الطرفين ؟

وقد نظر مجلس المجمع في النظائر الفقهية ذات الصلة بهذا الموضوع من فقه المذاهب ، واستعرض قواعد الشريعة ذات العلاقة مما يستأنس به ، ويمكن أن يوصي بالحكم القياسي والاجتهاد الواجب فقهاً في هذا الشأن كما رجع إلى آراء فقهاء المذاهب فوجد ما يلي:

1- إن الإجارة يجوز للمستأجر فسخها بالطوارئ العامة التي يتعذر فيها استيفاء المنفعة كالحرب والطوفان ، ونحو ذلك ، بل إن الحنفية يسوغون فسخ الإجارة

أيضاً بالأعذار الخاصة بالمستأجر، مما يدل على أن جواز فسخها بالطوارئ العامة مقبول لديهم أيضاً بطريق الأولوية ، فيمكن القول إنه محل اتفاق . وذكر ابن رشد في بداية المجتهد تحت عنوان أحكام الطوارئ : " عند مالك أن أرض المطر- أي البعلية التي تشرب من ماء السماء فقط - إذا كريت فمنع القحط من زراعتها ، أو إذا زرعها المكتري فلم ينبت الزرع لمكان القحط - أي بسببه - أن الكراء ينفسخ . وكذلك إذا استعذرت بالمطر حتى انقضى زمن الزراعة ، فلم يتمكن المكتري من زرعها "[1] انتهى كلام ابن رشد.

2- أنه : " إذا حدث خوف يمنع من سكنى ذلك المكان الذي فيه العين المستأجرة، أو تحصر البلد فامتنع الخروج إلى الأرض المستأجرة للزرع أو نحو ذلك ، فهذا يثبت للمستأجر خيار الفسخ؛ لأنه أمر غالب يمنع المستأجر من استيفاء المنفعة[2].

فأما إذا كان الخوف خاصاً بالمستأجر- مثل أن يخاف وحده لقرب أعدائه - لم يملك الفسخ ، لأنه عذر يختص به لا يمنع استيفاء المنفعة بالكلية فأشبه مرضه".

3- وقد نص الإمام النووي - رحمه الله - أنه لا تنفسخ الإجارة بالأعذار، سواء أكانت إجارة عين أو ذمة ، وذلك كما إذا استأجر دابة للسفر عليها فمرض ، أو حانوتاً لحرفة فندم ، أو هلكت آلات تلك الحرفة ، أو استأجر حماماً فتعذر الوقود[3].

---

1 بداية المجتهد لابن رشد الجزء الثاني مرجع سابق ص192
2 ابن قدامة المقدسي كتاب الإجارة من المغني المطبوع مع الشرح الكبير الجزء السادس ص30
3 روضة الطالبين للامام النووي الجزء الخامس ص239

قال النووي: وكذا لو كان العذر للمؤجر بأن مرض وعجز عن الخروج مع الدابة، أو أكرى داره وكان أهله مسافرين فعادوا ، واحتاج إلى الدار أو تأهل. قال: فلا فسخ في شيء من ذلك ؛ إذ لا خلل في المعقود عليه .

4- ما يذكره العلماء - رحمهم الله – في الجوائح التي تجتاح الثمار المبيعة على الأشجار بالأسباب العامة كالبرد والجراد وشدة الحر والأمطار والرياح - ونحو ذلك مما هو عام – حيث يقرون سقوط ما يقابل الهالك بالجوائح من الثمن ، وهي قضية الجوائح المشهورة في السنة والفقه.

5- ذكر شيخ الإسلام ابن تيمية - رحمه الله -[1] أن من استأجر ما تكون منفعة إجارته لعامة الناس - مثل الحمام والفندق والقيسارية – فنقصت المنفعة لقلة الزبون أو الخوف أو الحرب أو تحول سلطان، ونحوه فإنه يحط من المستأجر من الأجرة بقدر ما نقص من المنفعة.

6- وقال ابن قدامه[2]:

" ولو استأجر دابة ليركبها ، أو يحمل عليها إلى مكان معين ، فانقطعت الطريق لخوف حادث ، أو اكترى إلى مكة فلم يحج الناس ذلك العام من تلك الطريق فلكل واحد منهما فسخ الإجارة ، وإن أحب إبقاءها إلى حين إمكان استيفاء المنفعة جاز ".

---

1 شيخ الإسلام ابن تيمية – مختصر الفتاوي ص376

2 ابن قدامة مرجع سابق ص29

وقال الكاساني[1] : "إن الفسخ في الحقيقة امتناع من التزام الضرر، وإن إنكار الفسخ عند تحقق العذر خروج عن العقد والشرع ، لأنه يقتضي أن من اشتكى ضرسه ، فستأجر رجلاً لقلعها ، فسكن الوجع يجبر على القلع ، وهذا قبيح عقلاً وشرعاً ".

هذا وقد ذكر فقهاء المذاهب في حكم الأعذار الطارئة في المزارعة والمساقاة والمغارسة شبيه ما ذكروا في الإجارة.

7- قضى رسول الله - صلى الله وعليه وسلم- وأصحابه من بعده ، وقرر كثير من فقهاء المذاهب في الجوائح التي تجتاح الثمار ببرد أو صقيع أو جراد أو دودة - ونحو ذلك من الآفات- أنها تسقط من ثمن الثمار التي بيعت على أشجارها ما يعادل قيمة ما أتلفته الجائحة ، وإن عمت الثمر كله تسقط الثمن كله .

8- قال رسول الله - صلى الله وعليه وسلم- فيما ثبت عنه [لا ضرر ولا ضرار] وقد اتخذ فقهاء المذاهب قوله هذا قاعدة فقهية اعتبروها من دعائم الفقه الكبرى الأساسية ، وفرعوا عليها أحكاماً لا تحصى في دفع الضرر وإزالته في مختلف الأبواب.

ومما لا شك فيه أن العقد الذي يعقد وفقاً لنظامه الشرعي يكون ملزماً لعاقديه قضاء ، عملاً بقوله تعالى في كتابه العزيز: (يأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود)[2] .

---

1 بدائع الصنائع للكاساني مرجع سابق الجزء 4 ص197

2 المائدة الآية 1

ولكن قوة العقد الملزمة ليست أقوى من النص الشرعي الملزم للمخاطبين به كافة، وقد وجد المجمع في مقاييس التكاليف الشرعية ، ومعايير حكمة التشريع أن المشقة لا ينفك عنها التكليف عادة بحسب طبيعته ، كمشقة القيام في الصلاة ، ومشقة الجوع والعطش في الصيام ، فإنها لا تسقط التكليف ، ولا توجب فيه التخفيف ، ولكنه إذا جاوزت الحدود الطبيعية للمشقة المعتادة في كل تكليف بحسبه ، أسقطته أو خففته ، كمشقة المريض في قيامه في الصلاة[1] ، ومشقته في الصيام ، وكمشقة الأعمى والأعرج في الجهاد ، فإن المشقة المرهقة عندئذٍ بالسبب الطارئ الاستثنائي توجب تدبيراً استثنائياً يدفع الحد المرهق منها ، وقد نص على ذلك وأسهب في بيانه ، وأتى عليه بكثير من الأمثلة في أحكام الشريعة الإمام أبو إسحاق الشاطبي - رحمه الله- في كتاب الموافقات في أصول الشريعة . فيتضح من ذلك أن الخسارة المعتادة في تقلبات التجارة لا تأثير لها في العقود لأنها من طبيعة التجارة وتقلباتها التي لا تنفك عنها ، ولكنها إذا جاوزت المعتاد المألوف كثيراً بمثل تلك الأسباب الطارئة الآنفة الذكر توجب عندئذٍ تدبيراً استثنائياً .

ويقول ابن القيم - رحمه الله- في كتابه إعلام الموقعين :

"إن الله أرسل رسوله ، وأنزل كتبه بالعدل الذي قامت به السموات والأرض ، وكل أمر أخرج من العدل إلى الجور، ومن المصلحة إلى عكسها فليس من الشرع في شيء . وحيثما ظهرت دلائل العدل ، وسفر وجهه فثم شرع الله وأمره".

---

[1] للاستزادة حول هذا الموضوع راجع في ذلك أسماء سالمين محمد العرياني الأحكام الفقهية المترتبة على الأمراض المعدية كلية الدراسات الإسلامية والعربية بدبي – رسالة ماجستير 2005- 2006 ص163 وما بعدها.

وقصد العاقدين إنما تكشف عنه وتحدده ظروف العقد ، وهذا القصد لا يمكن تجاهله ، والأخذ بحرفية العقد ، مهما كانت النتائج ؛ فمن القواعد المقررة في فقه الشريعة أن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

ولا يخفي أن طريق التدخل في مثل تلك الأحوال المعروضة آنفاً في العقود المتراخية التنفيذ لأجل إيجاد الحل العادل الذي يزيل الجور إنما هو من اختصاص القضاء ، ففي ضوء هذه القواعد والنصوص المعروضة التي تنير طريق الحل الفقهي السديد في هذه القضية المستجدة الأهمية ، يقرر الفقه الإسلامي ما يلي:

1- في العقود المتراخية التنفيذ - كعقود التوريد والتعهدات والمقاولات- إذا تبدلت الظروف التي تم فيها التعاقد تبدلاً غير الأوضاع والتكاليف والأسعار تغيراً كبيراً - بأسباب طارئة عامة لم تكن متوقعة حين التعاقد- فأصبح بها تنفيذ الالتزام العقدي يلحق بالملتزم خسائر جسيمة غير معتادة من تقلبات الأسعار في طرق التجارة ، ولم يكن ذلك نتيجة تقصير أو إهمال من الملتزم في تنفيذ التزاماته ، فإنه يحق للقاضي في هذه الحال عند التنازع - وبناء على الطلب - تعديل الحقوق والالتزامات بصورة توزع القدر المتجاوز للمتعاقد من الخسارة على الطرفين المتعاقدين.

كما يجوز له أن يفسخ العقد فيما لم يتم تنفيذه منه ؛ إذا رأى أن فسخه أصلح وأسهل في القضية المعروضة عليه ، وذلك مع تعويض عادل للملتزم له صاحب

الحق في التنفيذ ، يجبر له جانباً معقولاً من الخسارة التي تلحقه من العقد ؛ بحيث يتحقق عدل بينهما دون إرهاق للملتزم ، ويعتمد القاضي في هذه الموازنات جميعاً رأي أهل الخبرة الثقات .

2- ويحق للقاضي أيضاً أن يمهل الملتزم إذا وجد أن السبب الطارئ قابل للزوال في وقت قصير، ولا يتضرر الملتزم له كثيراً بهذا الإهمال.

هذا وإن مجلس المجمع الفقهي يرى في هذا الحل المستمد من أصول الشريعة تحقيقاً للعدل الواجب بين طرفي العقد ، ومنعاً للضرر الملحق لأحد المتعاقدين لسبب لا يدل له فيه ، وأن هذا الحل أشبه بالفقه الشرعي الحكيم ، وأرب إلى قواعد الشريعة ومقاصدها العامة وعدلها .

والله ولي التوفيق.

وصلى الله وسلم على نبينا محمد وآله وصحبه.

المبحث الثاني

موقف القانون الفرنسي من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد

واجه النظام القانوني الفرنسي نوعين مختلفين من تغير الظروف المحيطة بالعقد الأول هو ما يطلق عليه مصطلح القوة القاهرة ((Force Majeure)) ((**وهو عبارة عن حدث غير ممكن مقاومته وغير ممكن دفعه ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً**)) والنتيجة الطبيعية له هو استحالة تنفيذ العقد أما النوع الثاني من تغير الظروف فهي الظروف الطارئة ((Imprevision)) التي يعبر عنها بأنها ((**حدث غير متوقع يطرأ على العقد بعد إبرامه ويؤدي إلى اختلال التوازن الاقتصادي للعقد بحيث يصبح تنفيذ العقد مرهقاً لأحد الأطراف ويهدده بخسارة فادحه مع ملاحظة أن تنفيذ العقد مازال ممكناً**))[1].

وقد وقف النظام القانوني الفرنسي المدني والإداري موقفاً متشابها في مواجهة القوة القاهرة ، فإعفاء المدين من تنفيذ التزامه هي النتيجة النهائية في حالة توافر شروط القوة القاهرة [2] في العقود المدنية والإدارية.

أما نظرية الظروف الطارئة فقد وقف القضاء الفرنسي المدني والإداري موقفين متباينين من مسألة الظروف الطارئة فرفض في الأول المساس بالعقد أو تعديله احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين أما في القضاء الإداري فأجاز تعديل العقد

---

1 للاستزادة حول موقف القانون الفرنسي راجع في ذلك جاك غستان المطول في القانون المدني – مفاعيل العقد أوآثارة – بالتعاون مع كريستوف جامان ومارك بيو ، ترجمة منصور القاضي ص357 وما بعدها .

2 سيلي ذكر هذه الشروط في مؤلفنا لاحقا

ليصبح متلائماً مع الوضع الجديد وذلك حرصاً من القانون في استمرار المرفق العام في أداء خدماته.

وسنتناول في هذا المبحث هذه المواقف المختلفة للقانون الفرنسي الإداري والمدني على السواء للوقوف على أهم الأسباب المؤدية إلى هذا التباين:-

المطلب الأول
موقف القانون المدني الفرنسي من الظروف الطارئة

خلا القانون الفرنسي القديم من وجود أي أثر يدل على معالجته لمشكلة تغير الظروف التي قد تطرأ بعد أبرام العقود والتي قد تؤثر وبشكل مباشر على تنفيذها، والسبب في ذلك هو قوة التمسك بمبدأ سلطان الإرادة في تلك الفترة حتى صارت القوة الملزمة للعقد من المبادئ الراسخة التي لا يمكن المساس بها أو التعرض لها[1] ، وإن كان هناك بعض الأصوات التي نادت بضرورة معالجة هذه المشكلة بقولهم **"إن العقود المستمرة إذا صادفت تغيراً في الظروف بحيث أصبح تنفيذها مجحفاً، وجب ملائمة هذه العقود مع الظروف التي جدت" " Soit Adaptes Aux Circonstances "[2] .**

أما أنصار المدرسة التقليدية في الفقه الفرنسي " **Ecole Classiqu** " فكان الموقف الرافض والمتشدد من المساس بالعقود سمه من سماتهم لذلك لم نجد عند

---

1 . وهناك عبارة شهيره في أحد مؤلفات جامعي القانون العرفي القديم في فرنسا تنص على أنه "كما تربط الثيران من قرونها يربط الانسان من لسانه" وهذه العباره توحي بمسؤلية المتعاقد عن تنفيذ التزاماته الإرادية مسنوليه مطلقه راجع في ذلك **Antoine Loysel** : Institutes coutumieres Tom ler liv III paris 1846 p359.

2 . حسبو الفزاري مرجع سابق ص 105.

أنصار هذه المدرسة أي كتابات تدل على معالجتهم للمشكلة التي قد تؤثر في حال تغير الظروف المحيطة بالعقد بعد إبرامه والتي من شأنها أن تسبب إرهاقا للمدين، حيث كانوا يرفضون أية فكرة أو مبدأ من شأنه أن يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة.

وعلى نفس النهج سار الفقهاء الفرنسيون في العصر الحديث في رفضهم المساس بالعقد أو إدخال أية فكرة قد تتصادم مع مبدأ القوة الملزمة للعقد والتي من شأنها المساس باستقرار المعاملات ، مستندين في ذلك أن المساس بالعقد من شأنه إعطاء ذريعة للمدين سئ النية في التحلل من التزاماته العقدية التي ابرمها من تلقاء نفسه ، وإن كان هناك بعض المحاولات التي ظهرت من فريق آخر من الفقهاء محاولين فيه إقناع القضاء بضرورة التدخل لمعالجة هذه المشكلة[1] ، كما أن هناك بعض الأحكام صدرت من محاكم الموضوع تقر فيها بتطبيق نظرية الظروف الطارئة إلا أن محكمة النقض الفرنسية وقفت في وجه كل هذه المحاولات[2].

---

1. ومن هؤلاء الفقهاء فواران "Voirin" وبونكاز "Bonne Case " وجوليودي لامورانبير " De La Morandiere " وستويانوفيتش "Stoyanovitch " ولارومبير " Larombiere" وأقيرني بينتو "Auverney Bennetot " راجع في ذلك حسبو الفزاري مرجع سابق ص106

2 . ومن هذه الأحكام * حكم محكمة روان " Rouen" بتاريخ 9 فبراير 1844 بتعديل شروط عقد كان يلتزم بموجبه متعهد بتقديم خدمات للنقل البري بين مدينتي باريس وروان وقد بنى هذا الحكم على اساس أن ادخال خطوط السكك الحديديه في ذلك التاريخ جعل تنفيذ العقد مرهقا بالنسبة لأحد طرفي التعاقد .

* حكم محكمة بوردو "Bordeaux" بتاريخ 18 مايو1852 عندما شرعت السلطات الفرنسيه لفرض ضرائب ورسوم جمركيه جديده على الرسوم القديمه حيث لم تتردد المحاكم الفرنسيه ازاء هذا الوضع من أن تلجأ الى تطبيق أحكام الظروف الطارئه ففي هذا المعنى قضت محكمة ليون " Loyn" في حكم لها صادر بتاريخ 12 سبتمبر 1852 كما قضت أيضا محكمة الهافر التجارية "Le Havere" في حكم لها صادر بتاريخ 4 يونيو سنة 1852 لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك حسبو الفزاري مرجع سابق ص 109-110 .

ففي التاسع من يناير لعام 1856 ذهبت محكمة النقض بأن الزيادة غير المتوقعة لعدد أفراد السوقة العسكرية لم يكن يشكل حدث قوة قاهرة طالما أنها لم تجعل تنفيذ عقد التأمين ضد مخاطر التجنيد العسكري مستحيلاً وينبغي إعلان العقد قائماً ومنتجاً لآثاره رغماً عن تغير الظروف.

ومن الأحكام التي أرست المبدأ الذي تسير عليه محكمة النقض في رفضها المساس بالعقد في حالة الظروف الطارئة ، حكمها الشهير في قضية قناة كراو بون عام 1876[1] حيث تتلخص وقائع هذه القضية في عقد إمداد بالمياه ابرم في القرن السادس عشر بعقد لم يعد له قيمة في القرن التاسع عشر[2] حيث عرض النزاع على محكمة استئناف أكس **"Aix"** فقررت تعديل الثمن بما يناسب الوضع الجديد إلا أن المحكمة نقضت الحكم مقررة انه **" لا يعود للمحاكم في أي حالة كانت مهما بدا لها قرارها منصفاً، أن تقيم وزناً للزمن والظروف لتعديل اتفاق الطرفين واستبدال شروط جديدة بالشروط القديمة التي قبلها المتعاقدين بحريه "**[3] وبهذا الموقف العدائي من الظروف الطارئة سارت محكمة النقض الفرنسية في جميع أحكامها وبهذا المذهب المغرق في الفردية – ساد مبدأ القوة الملزمة للعقد في نطاق مصلحة الفرد، دون أن يقام وزن لما قد يسببه من إرهاق لأحد المتعاقدين بسبب تبدل الظروف[4] وبناءً على ذلك لا يستطيع القاضي إذا ما طرأت على العقد أحداث غير متوقعه **" Imprevision"** وأدت إلى اختلال

---

1. **Draatta (U) And Lake (RB) Nanda (V.P)** : Breach and adaptation of international contracts, An introduction to lex mercatoria ,Butterworth legal publishers , usa 1992 p.183

2 . كان المبلغ المقدر هو ثلاث سولات "Sols" وهي العمله المتداوله في ذلك الوقت .

3 .رقم 100 ص 346 الطبعة الثامنه Dalloz 1984 .

4 . فضل شاكر النعيمي نظرية الظروف الطارنه مرجع سابق ص 28 والعبارة من تقرير للأستاذ أسعد الكوراني المحامى في المؤتمر الخامس لتحاد المحامين العرب المنعقد في بيروت من 1-5 ايلول 1959.

التوازن العقدي حتى أصبح تنفيذ العقد مرهقاً للمدين ومهدداً له بخسارة فادحة أن يقوم بتعديل العقد ليتوافق مع الظروف الجديدة إذا كان تنفيذ العقد مازال ممكنا وقد حافظت محكمة النقض الفرنسية على مذهبها خلال الحرب العالمية الأولى وبعدها دون مراعاة للاضطرابات الاقتصادية والمالية الضخمة التي ولدها النزاع [1].

انتقد بعض النيابيين بشدة مذهب محكمه النقض من هذا الموقف الصارم فقد جاء السيد **Hessr** بكلمة مأثورة تنص على أنه ((**لم يشأ القضاء المدني المزين بثوبه الأحمر أن يرى شيئاً من هذه الهزات المالية والتجارية ، ويبدو ، وهو لاجئ في صرامة القانون ، أنه يجهل الاضطرابات والنتائج التي أدت إليها الحرب الحالية ولم يطبق روح القانون تماشياً مع الظاهرات الاقتصادية التي نشاهدها ، كانت رؤياه مثبته بعناد على مدونة قوانين لم يكن بالطبع بإمكان واضعيها توقع الحرب الحالية ، فإنبها بنصوص يستضئ قدمها الأثري من وميض أحداث تفشت الآن ، ولم يكن بإمكان أي شيء أن يجعله يغير من موقفه المتصلب**)) [2].

هذا الموقف الرافض في فرنسا من المساس بالعقد كان يقوم على سببين رئيسين هما احترام إرادة المتعاقدين والإصرار المستمر على صيانة واستقرار المعاملات وعدم تعريضها لأية هزه أو اضطراب.

---

1 . وذلك توافقا مع المبدأ القديم : الانسان عبد التزامه "Pacta Sunt Servanda"
2جاك غستان مفاعيل العقد أو آثارة مرجع سابق ص373 هامش 4

ومن الأحكام التي صدرت حديثاً والتي تظهر تعلق محكمة النقض بحرفية المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي حكمها في 31 مايو 1988[1] حيث تتلخص وقائع هذه القضية في أن شركه **Appm** قد تقدمت بطلب قطع قماش إلى شركة **Aplix** بثمن القيمة في شهر يناير 1982 على أن تسلم الكمية ابتداء من شهر يناير 1983- أي بعد سنه من إبرام العقد .

وكان المورد قد دون تسليماته مع تأجيل الثمن تفادياً لتقلب الأسعار وارتفاعها بعد سنه فرفض الزبون هذا التأجيل ، وقد كسب المورد القضية لدى محكمة الاستئناف وذلك بحجة أن بيان الثمن بقيمة يناير 1982 الذي يجب تسليمه بعد سنه ، كان يستدعى بالضرورة تغير الأسعار في يوم التسليم ، إلا أن محكمة النقض كعادتها نقضت هذا الحكم إذ قررت ((**أن محكمة الاستئناف بالحكم على هذا النحو لم تعط حكمها الأساس القانوني حيث أن العقد لم يكن يحوي أي بند لإعادة النظر في الثمن كما أنه لم يحدد الاستعمال الذي يسوغ تطبيق بند كهذا بالنسبة إلى الشروط التي كان يمكن للأطراف توخيها**)).

---

1 . النشرة المدنيه VI رقم 189 ص 132.

المطلب الثاني
موقف القانون المدني والاداري الفرنسي من القوة القاهرة

يرى القانون المدني الفرنسي أنه إذا حدثت تغيرات في الظروف جعلت تنفيذ العقد مستحيلاً فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه ويعفى المدين من تنفيذ التزامه وهذا التغير في الظروف يسمى بمصطلح القوة القاهرة "**Force Majeure**" وهو عبارة عن حدث غير ممكن مقاومته ، وغير ممكن دفعه ، ويجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً.

وكما سبق أن رأينا أن القانون الفرنسي يمنع المساس بالعقد في حال حدوث ظروف طارئة تجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد المتعاقدين ، فمن الطبيعي أن نجده يقف موقفاً متشدداً أيضاً في تطلبه لشروط معينه في القوة القاهرة لإعفاء المدين من تنفيذ التزامه .ومن هذه الشروط:

الشرط الأول:- عدم إمكانية مقاومة الحدث أو دفعه

"Irresistible"

يقصد بذلك أن المدين قد استنفذ كافة الوسائل المتاحة لديه لمواجهة هذا الحادث ولكن من دون أي جدوى في دفعه وبعبارة أخرى لا توجد لديه أية وسيلة لمجابهة ذلك الحادث[1] ويترتب على عدم إمكانية مقاومة الحدث استحالة تنفيذه استحالة

---

1. **Lesguillons** (H) : Frustration , Force Majeure ,imprevision;welgfall der gescheftsggrundlage,d prat .com int., 1979 p520 وأشارت اليه أيضاً زمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص 313.

مطلقة "**ImpossibiLite absolue**" سواء كانت هذه الاستحاله ماديه " **Materiell Ment**" أو استحالة قانونية[1] وتقترب نظرية الظروف الطارئة من نظرية القوة القاهرة اقتراباً حتى ليبدو أن التفريق بينهما يكاد يكون مستحيلاً[2] ، إلا أن جوهر الخلاف بينهما هو درجة تأثير الحادث على تنفيذ الالتزام وعلى الالتزام نفسه ، ففي الظروف الطارئة يكون تنفيذ الالتزام أكثر صعوبة وأكثر كلفة عما هو متوقع عند إبرام العقد ولكن تنفيذ الالتزام مازال ممكناً بالنسبة لأطراف العقد ، إلا أن ظرف القوة القاهرة يؤثر على قدرة المدين في تنفيذ التزامه لدرجة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً وتعدم بالتالي إمكانية تنفيذه له.

الشرط الثاني :- وجوب أن يكون الحدث غير متوقع

لإعفاء المتعاقد من تنفيذه لالتزامه في حال حدوث قوة قاهرة فإنه لابد أن يكون هذا الحادث الذي أثر على قدرة المدين غير متوقعاً[3] حيث يجمع الفقه والقضاء على ضرورة توافر هذا الشرط[4] فالعقود المستمرة والتي تتطلب أداءات متتابعة مستقبلية تكون عرضة للأحداث الخارجية فالأطراف عند الدخول في علاقة

---

1 . **Von Ommeslaghe** (P.) Les Clauses De Force Majeure Et D Imprevision (Hard Ship) Dans Les Contracts Internation Aux . Rev.Int.Dr Comp..1980 P.7, Sp.28 "ويكمن فيصل التفرقة بين الاستحالة المادية والقانونية في أن الاستحاله المادية تعني حدوث واقعة مادية ملموسة ومشاهدة تؤدي إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مادية كما في حالة هلاك المبيع هلاكا كليا قبل التسليم فالهلاك هنا ما هو إلا واقعه مادية مشاهده تمثلت في الحطام والركام أدت إلى جعل تنفيذ محل الالتزام مستحيلا بينما تعني الاستحاله القانونية أن محل الالتزام ممكن الحدوث في ذاته غير أن حدوثه وتنفيذه يصادم نصا أو إجراء تشريعيا أو إداريا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا" ولمزيد من التفاصيل راجع في ذلك عبد الوهاب علي بن سعد الرومي الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي دراسة مقارنه جامعة القاهرة.

2 . ومن نقاط الاتفاق بينهما وحدة المنشأ والأصل وتشابه الشروط فالحادث الذي يخلق الظروف الطارئة قد يكون نفس الحادث الذي يخلق القوه القاهرة فقد ينتج عن هذا الحادث ان يكون تنفيذ الالتزام مستحيلا في حالات معينه كما قد يكون مرهقا في حالات أخرى وفقا لظروف كل عقد كما تشتركان في أن الحادث الذي أثر في تنفيذ الالتزام لا يمكن توقعه أو دفعه بالاضافه إلى أنه قد حدث بعد أبرام العقد.

3. **Leguillons (H.)** : Op.Cit., P521 : **Von Ommeslaghe (P.)** Op.Cit., P.28.

4.لم يرد هذا الشرط في التقنين المدني الفرنسي وبالتحديد في شروط القوة القاهرة .

تعاقدية يضعون في الاعتبار الأخطار المعتادة التي من شأنها أن تؤثر في قدرتهم على تنفيذ التزاماتهم[1] أما الأحداث التي تكون خارج نطاق توقعهم فهي تخضع لمعايير فقهيه وقضائية في تحديد ما إذا كان الحادث متوقعاً أم لا .

والحقيقة أن الأخذ بشرط عدم التوقع يعني استبعاد كافة الأحداث والظروف الخارجية التي من شأنها أن تدخل في علم المدين أو توقعه وإدراكه ، وبالتالي تصبح جميع الأحداث التي تدخل في هذا النطاق متوقعة ونتيجة لذلك تفقد القوة القاهرة أحد ركائزها التي تقوم عليها ، وقد ثار خلاف فقهي وقضائي في تقدير المعيار الواجب إتباعه لتحديد ما إذا كان الحدث متوقعاً أم لا[2] فهل يطبق المعيار الشخصي أم المعيار الموضوعي ، وعند الأخذ بالمعيار الموضوعي فهل يكون مؤسساً على الرجل الحريص بالغ الفطنة والذكاء أم الرجل العادي متوسط الحرص والذكاء؟

اتجه القضاء الفرنسي القديم اتجاهاً متشدداً في تقييم هذا الشرط حيث أن تطبيق مقياس الرجل الحريص بالغ الفطنة والذكاء يؤدي إلى اعتبار جل الأحداث متوقعة وبالتالي فإنه لا يقبل أي عذر من المدين في عدم قدرته على التوقع ، وبناءً على ذلك فإن الأخذ بهذا المعيار يجعل المرض والموت من الأمور المتوقع حدوثها.

---

1. ويرى الاستاذ Farajat بأن التعاقد ماهو في الواقع الاتصور مسبق راجع في ذلك **Farajat (G)** Droit Prive P.207

2 .**Ahmad Omran:** La Force Majeur En Droit Travail These Univ.De Teulose .1981.P.24

لم يدم حال القضاء الفرنسي في الأخذ بهذا الموقف المتشدد في تحديد معيار عدم التوقع ، حيث صار أكثر مرونة واعتدالاً وأخذ ينهج منهج الواقعية في تحديد الأخذ بهذا الشرط[1] ، ومن الآراء التي أسهمت في التخفيف من هذا المعيار المتشدد ما ذهب إليه الإخوة مازو من أنه **"ليس من الضروري أن يكون الحادث لا يحتمل أن يتحقق أبداً وإنما يعتبر أنه غير متوقع إذا كان يمكن أن يتحقق وفقاً للسير العادي للأمور طالما أنه من غير المتصور عقلاً توقعه ".**[2]

وقد أخذ القضاء الفرنسي في بعض أحكامه بالمعيار الشخصي في تقدير إمكانية التوقع والمثال على ذلك ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس في حكم صادر لها سنة 1951 من أن التغير المفاجئ في السوابق القضائية لا يعتبر حدثاً متوقعاً بالنسبة للمحامي الواعي **"In Formed Lawyer"**[3].

الشرط الثالث :- نشوء الاستحاله بسبب أجنبي

يشترط أن تكون الاستحالة ناشئه بسبب أجنبي لا شأن لإرادة المدين فيه [4] **Cause Etranger Qui Ne Peut Lui Etre Impute** حيث يجب أن يكون الحدث الذي أثر على قدرة المدين في تنفيذه لالتزامه خارجاً عن إرادة

---

1 . السبب في ذلك هو ضغط الفقه في التحول عن هذا الاتجاه المتشدد ناهيك عن الأبحاث والاجتهادات التي كانت تنتقد تلك الإحكام المتشددة.

2 . **Mazeaud (H.L.J)** Lecons De Droit Civil T2.6eme Obligation Theorie.Genral.1978 No 576.P.627 واشار اليها أيضا عبدالوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص 336

3 . نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص 318 والحكم مشار اليه في :-

Puelinckx (A.H) : frustration force majeure, imprevision , wegfall der geschaftsgrundlage, unmoglichkeit, changed circumstances, a comparative study in English French, german and Japanese law j. int. arb.P 56

Lesguillons (H) Op Cit P 521

4 .المادة 1147 مدني فرنسي.

المدين ولا شأن له به ، وبناءً على ذلك فإن المدين يكون مسئولا عن التزامه إذا كانت الاستحالة قد حدثت نتيجة لخطأ من جانبه أو إهمال وتقصير منه ، أدى إلى حدوث هذا الحادث ، فالحادث في هذه الحالة لا يعتبر أجنبياً خارجاً عن إرادته ، ويرى جانب من الفقه الفرنسي أن المادة 1147 تثير فكرتين مستقلتين هما خطأ المدين وصفة استقلال الحدث عن إرادة المدين حيث تحدثت المادة عن "سبب أجنبي "**Cause Etrangere**" ثم جاءت بأن السبب لا شأن لإرادة المدين فيه "**Qui Ne Pent Lui Etre Imputee**" حيث يرى أصار هذا الرأي أنه وإن كانت الفكرتان مرتبطتين فإنهما من الممكن أن تكونا مختلفتين على الأقل من الناحية النظرية فاستقلال الحدث عن إرادة المدين مرتبط بالحدث نفسه على حين أن خطأ المدين مرتبط بشخصه " .[1]

المطلب الثالث
موقف القانون الاداري الفرنسي من الظروف الطارئة

رأينا أن القانون الخاص الفرنسي اتخذ موقفاً صارما من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد ، ولمسنا شدة هذا الموقف سواءً فيما يتعلق بالظروف الطارئة حيث رفض المساس بالعقد أو شروط القوة القاهرة حيث شدد في تطلب توافر هذه الشروط لفسخ العقد ، وسنتناول في هذا الجانب موقف القانون الإداري الفرنسي من مسألة الظروف الطارئة وكيفية معالجته لهذه المشكلة.

---

1 . **Leroy (D.)** l, esprit de la legislation napoleonienne, these paris, 1899 P.21 Et 22
و لمزيد من التفاصيل راجع أيضا شريف غنام مرجع سابق ص274

ففي قضية غاز بورد "**BordeauX**" والتي حظيت بالكثير من الصيت والشهرة واعتبرت بمثابة الدستور لهذه النظرية[1] حيث تتلخص وقائعها في أن الشركة العامة للإضاءة بمدينه بوردو " **La Compagine Generale D Eclairage De Bordeaux**" أبرمت في سنة 1904 عقد امتياز مرفق عام مع بلدية بوردو لإمداد المدينة بما تحتاج إليه من الغاز[2] والكهرباء لمدة ثلاثين عاماً ، وقد تحددت الأسعار في القائمة الملحقة بعقد الامتياز طبقاً لما كان عليه ثمن الفحم في ذلك الوقت ، ذلك أن الفحم هو المادة الأولية التي يستخرج منها الغاز فقد كان ثمن الطن من الفحم وقت إبرام العقد يقدر بثلاثة وعشرين فرنكاً وكان أقصى ارتفاع قد يصل إليه سعر الفحم ، في ذلك الوقت هو 28 فرنكاً.

ولكن عندما نشبت الحرب العالمية الأولى ارتفعت أسعار الفحم في فرنسا بسبب احتلال الألمان لمعظم مناطق إنتاج الفحم وكنتيجة لصعوبة الحصول على الفحم من الداخل حاولت الشركة الملتزمة استيراد الفحم من الخارج إلا أن هذا كان يكلف مبالغ باهظة بسبب ما كان يحدث من استيلاء متكرر على السفن التجارية ، فضلاً عن المدد الطويلة التي استغرقتها الحرب البحرية فبينما كان طن الفحم يكلف 23 فرنكاً قبل الحرب أصبح يكلف 117 فرنكاً أثناء الحرب.

فلما أيقنت الشركة الملتزمة أنها لن تستطيع أن تسير مرفق الغاز والكهرباء إلا بتحمل خسائر فادحه تهدد بالإفلاس والتوقف تقدمت بطلب إلى بلدية بوردو باعتبارها السلطة مانحه الالتزام تطلب فيه السماح لها بزيادة أسعار الغاز بما

---

1. سليمان محمد الطماوي مرجع سابق ص657.
2 تعتبر عقود التموين بالغاز عقود طويلة المدة وفقا لتقسيم الاستاذ فيليب كان راجع مؤلفنا ص31

يتفق ويتناسب مع الزيادة التي طرأت على أسعار الفحم غير أن بلدية بوردو رفضت هذا الطلب متذرعة بعدم وجود نصوص في العقد تخول القيام بمثل هذا الإجراء ، وعندما عرض الموضوع على مجلس ديوان المحافظة " **Conseil De Prefecture**"، وهو عبارة عن محكمة إدارية بالمحافظة ، رفض هذا المجلس مبدأ الزيادة في أسعار الغاز وردد نفس الحجة التي قالت بها بلدية بوردو ، غير أنه عند عرض الموضوع على مجلس الدولة الفرنسي " **Conseil D Etat**" ، قضى فيه بمراجعة شروط العقد بسبب ما طرأ من زيادة على أسعار الفحم ، وقرر مجموعة من المبادئ التي تنظم الطريقة التي يتعين إتباعها بشأن مراجعة العقود الإدارية بسبب الظروف الطارئة ومن هذه المبادئ[1].

1- إن القانون لا يقضي بفسخ العقد إلا إذا أصبح التنفيذ مستحيلاً استحالة مطلقة لقوة قاهرة ولكن مبدأ استمرار وانتظام المرافق العامة " **Principe De La Continuite De La Regularite Des Services Publics**" يتطلب في حالة ما إذا أصبح التنفيذ مرهقاً أن تتدخل الجهة الإدارية مانحة الالتزام لمد العون إلى الشركة الملتزمة حتى تستطيع مواصلة جهودها في توفير خدمات المرفق العام وحتى لا يضار جمهور المنتفعين من توقف هذا المرفق الحيوي.

2- لا ينبغي أن تتم مراجعة شروط العقد إلا إذا كانت الزيادة في الأسعار تتجاوز أقصى حدود التوقعات التي كانت لدى المتعاقدين لحظة إبرام العقد " **Les Limites Extremes Des Majorations Ayant Pu Etre De Passe**

---

1 . اعتاد مجلس الدولة الفرنسي أن تكون الأحكام التي يصدرها مختصره وموجزه إلا انه في هذه القضية أورد حكما طويلا ومفصلا وهذا الحكم احتوى على معظم القواعد والمبادئ والأسس التي تقوم عليها نظرية الظروف الطارئة انظر في ذلك حسبو الفزاري مرجع سابق ص123.

Envisagees Par Les Parties Lors De La Passation Du Contract".

3- حتى تتم مراجعة شروط العقد ، ينبغي أن تحدث الزيادة الجديدة في الأسعار انقلاباً " **Bou Leversement**" في اقتصاديات العقد وأن يترتب على ذلك قيام عبء جديد لا تقتضيه شروط العقد وإنما هو ينشأ خارج حدود هذا العقد " **Extra Contractulle**".

4-إن المساعدة النقدية "**Pecuniaire**" التي تقدمها الإدارة للشركة الملتزمة لا تعتبر تعويضاً بالمعنى الفني الدقيق لهذه الكلمة وذلك بسبب انتفاء عنصر الخطأ في جانب الإدارة وإنما هذه المساعدة هي نوع من التعويض الخاص الذي يمكن أن يطلق عليه اسم تعويض الطوارئ "**Indemnite D Imprevision**" .

5- إذا استبان من ظروف الدعوى أن الشركة الملتزمة تستحق أن تلقى هذا التعويض وجب على مجلس الدولة حينئذ أن يعطي فرصة أولى للطرفين المتعاقدين حتى يتمكنا من الاتفاق ودياً "**Amiabl Ment**" على مقدار وفي حال فشلهما في التوصل إلى مثل هذا الاتفاق يكون على مجلس الدولة أن يتولى الأمر بنفسه.

6- يقسم العبء الطارئ بين الطرفين المتعاقدين[1].

- **شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة في القانون الإداري الفرنسي**

رأينا من خلال هذه الدراسة موقف القانون الفرنسي من نظرية الظروف الطارئة، ولمسنا موقفه المتشدد ورفضه لتطبيق هذه النظرية على العقود المدنية كما رأينا تشدده في الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية القوة القاهرة ، إلا أنه في

---

1 ولمعرفة كيفية تقسيم راجع في ذلك محمد عبد الجواد محمد شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة مجلة القانون والاقتصاد العدد 33 ص580 – 581.

العقود الإدارية ورغبة منه في انتظام سير المرافق العامة وأداء خدماتها على أكمل وجه تحقيقاً للمصالح العامة فإنه قد أجاز تطبيق هذه النظرية ولكن وفقاً لشروط معينه نذكرها بالتفصيل :

الشرط الأول:- اختلال التوازن الاقتصادي للعقد

يجب أن يؤدي تغير الظروف المحيطة بالعقد الإداري إلى إحداث نوع من الانقلاب الاقتصادي للعقد ، فنظرية الظروف الطارئة لا تطبق إلا إذا أصبح استمرار المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ العقد أشبه بالكارثة التي أحاطت به من كل جانب ، فلا يكفي أن يفقد ما عسا أن يجنيه من أرباح كلها أو بعضها وإنما علاوة على ذلك أحاطت به خسارة ماحقه أدت إلى الإضرار بموقفه المالي ، مما يؤثر على استمراره في تنفيذ العقد الإداري [1].

كما قد يؤدي هذا الظرف الطارئ إلى أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً إرهاقا شديداً للمتعاقد مع الإدارة وقياس مدى تأثير الظرف الطارئ على اقتصاديات العقد ،فإنه إما أن يقاس بقدرة المتعاقد على تحمل هذه الخسائر أو عدم قدرته على تحملها فهو ليس معياراً جامداً بل يختلف تطبيقه من متعاقد إلى آخر فثمة ظروف طارئة قد تؤدي إلى الإضرار بمتعاقد وإرهاقه إرهاقا شديداً في حين أنها لا تؤدي إلى نفس النتيجة مع متعاقد آخر [2].

---

1 سليمان محمد الطماوى مرجع سابق ص675

2 . د.جابر جاد نصار العقود الاداريه الطبعة الثانية دار النهضة العربية ص 339.

الشرط الثاني:- أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعة

إن اشتراط عدم توقع الظرف الطارئ الذي أثر على قدرة المتعاقد مع الإدارة في تنفيذ التزامه من الأمور المنطقية والبديهية فكل عقد يتم إبرامه فإنه بلا شك لا يخلو من مخاطر متوقعة، والمتعاقد مع الإدارة لا شك أنه على خبره ودراية كافيه تؤهله لتوقع الكثير من الأحداث كالارتفاع الطفيف للأسعار الذي لا يعتبر ظرفاً طارئاً يبرر تطبيق هذه النظرية.

إن تحديد توقع الحدث من عدمه يرجع إلى احتمالية أو عدم احتمالية وقوع الحدث وهذا يخضع لظروف الحال فمثلاً ضخامة أو شدة الحدث ترجع عدم احتمالية وقوعه، فالمتعاقد يتوقع ارتفاعاً معيناً في الأسعار كما ذكرنا آنفاً ويدخله في اعتباره عند عمل الحسابات الاقتصادية، أما الزيادة الفاحشة في الأسعار الناتجة عن ظروف عنيفة فهي غير متوقعه[1] وعلى ذلك فالظرف الطارئ غير المتوقع الذي أثر على قدرة المتعاقد في تنفيذه لالتزامه هو ذلك الظرف الذي لم يكن في حسابات المتعاقد حين أبرم عقده مع الإدارة كالحرب والكوارث الطبيعية أو قرار الحكومة يمنع استيراد سلعه معينه يلتزم المورد بتوريدها أو تخفيض قيمة العملة، فكل هذه الأحداث لم تكن في حسابات المتعاقد مع الإدارة عند إبرام العقد[2] ويشترط في الحدث كذلك أن يكون مما لا يمكن دفعه أو مقاومته فالمتعاقد مع الإدارة على توريد سلعه معينه لا يستطيع التمسك بنظرية الظروف الطارئة إذا ما منع من استيراد السلعة من دولة معينه طالما بإمكانه استيراد نفس السلعة وبنفس المواصفات والجودة من دولة أخرى.

---

1 .نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص 327.
2. جابر جاد نصار مرجع سابق ص 337.

الشرط الثالث :- أن يكون الحدث خارجا عن إرادة المدين

لكي يستحق المتعاقد مع الإدارة التعويض عن الظروف الطارئة التي أثرت في قدرته على التنفيذ ، وتسببت له بإرهاق وصعوبات ماليه في تنفيذه لالتزامه يشترط أن يكون الحدث خارجاً عن إرادته وغير منسوباً إليه فإذا كان هناك ثمة علاقة بينه وبين الحدث الذي أثر على العلاقة التعاقدية فإن هذه النظرية وما ترتبه من آثار لا تطبق[1].

فإذا تأخر المتعاقد في تنفيذه لالتزامه أو امتنع عن استخدام الوسائل الفنية التي يقتضيها التنفيذ الحسن للعقد أو قبل بجداول مرتفعه للأسعار لا تناسب مستخدمي الخدمة العامة فإنه يكون قد تسبب في إحداث هذه الصعوبة وبالتالي لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة طلب التعويض بناءً على الظروف الطارئة.

---

1 المرجع السابق

المبحث الثالث

موقف القانون الألماني من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد

أثرت الإضرابات الاقتصادية التي تعرضت لها جمهورية ألمانيا خلال وبعد الحرب العالمية الأولى ، وما نتج عن ذلك من تضخم وارتفاع فاحش في الأسعار، أثرت وبشكل مباشر على الأنظمة القانونية المتبعة في تلك الفترة فمبدأ العقد شريعة المتعاقدين - وفقاً لتلك المعطيات- لم يطبق على نحو صارم ، كما أن مسؤولية المتعاقد مسؤولية مطلقة عن التزاماته التي أبرمها من تلقاء نفسه لم تكن هي القاعدة المتبعة في تلك الفترة، نظراً للاختلال الواسع في التوازن العقدي بين أطراف العلاقة التعاقدية نتيجة لتلك الحرب ، وآثارها السلبية على البنية الاقتصادية للدولة.

وقد عالج النظام القانوني الألماني مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد بعد إبرامه و صيرورته لازم النفاذ ،بواسطة نظرية الإستحاله "unmoglichkiet" وكذلك نظرية فقدان أساس العقد"wegfall der geschaftsgrundlag " حيث يتيح النظام القانوني الألماني للقاضي سرعة التدخل والحكم بفسخ العقد أو ملاءمته وفقاً للمتغيرات الجديدة منعاً لإجحاف أحد المتعاقدين على حساب الآخر. وبما أن النظام القانوني الألماني قد تأثر بشكل كبير بالحرب العالمية الأولى ، لذا فإننا سنتناول هذه المشكلة خلال مرحلتين[1]، الأولى هي المرحلة السابقة على انتهاء الحرب العالمية الأولى والمرحلة الثانية هي المرحلة اللاحقة على انتهاء

---

1 انظر إلى هذا التقسيم أيضا لنرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص329

الحرب العالمية الأولى ، والسبب في ذلك هو اختلاف الظروف السياسية والاقتصادية بين تلك المرحلتين.

المطلب الأول

موقف القانون الألماني من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد في الفترة السابقة على انتهاء الحرب العالمية الأولى

كانت القاعدة المطبقة فيما يتعلق بالعقود في القانون المدني الألماني لسنة 1900 وبالتحديد في المرحلة السابقة على الحرب العالمية الأولى هي مسؤولية المتعاقد مسؤولية مطلقة عن التزاماته التعاقدية التي أبرمها، حيث حذا حذو القانون المدني الفرنسي فرفض المساس بالعقد مهما كانت التغيرات ومهما كانت درجة الإرهاق الذي يعانيه المدين من جراء تلك التغيرات.

وقد ظل القانون المدني الألماني مخلصاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلم يعترف بأي نظرية تخالف أو تمس هذا المبدأ،حيث لم يلتفت لنظرية عدم تغير الظروف التي نادي بها البعض [1] والتي يرى أنصارها أن كل عقد يتم إبرامه يقوم على شرط ضمني بين الأطراف- ولو لم يتم التعبير عنه بشكل صريح – يفترض بقاء الظروف على حالها،كما أن القانون المدني الألماني لسنة 1900ظل متمسكاً

1في عام 1958قدم المحامي "windscheid" نظرية تعالج مشكلة تغير الظروف وهي نظرية الافتراض الضمني المسبق"voraussetzung" أي "preupposition" وبناءً على هذه النظرية فإن القصد التعاقدي لكل طرف من أطراف العقد يحوي على شرط ضمني،ومضمون ذلك الشرط هو أن الأثر القانوني للعقد سيبقى ساريا طالما بقي وضع ما معين متواجدا. أنظر في ذلك

* **rapsomanikis (m.g.)** :frustration of contract in international trade law and comparative law Duquesne l , rev1980.p.553.

*وأشارت إليه أيضا "نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص330

بموقفه الصارم من المساس بالعقد، فلم يورد نصاً خاصاً لمعالجة مشكلة تغير الظروف كل ما هنالك أنه جاء بحكمين خاصين يعالجان هذه المسألة تضمنتها المادة 321 والمادة 610" حيث تنص المادة 321 مدني ألماني على أن : **"لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام المنوط به تنفيذه ابتداء ، إذا حدث أن تعرضت وسائل تنفيذ التزام المتعاقد الآخر بعد إبرام العقد ، للنقصان أو التلف الجوهري ، بحيث لو أقدم على تنفيذ الجانب المتعلق به من الالتزامات العقدية ، لكان في ذلك مخاطرة بعدم الحصول على المقابل ، وذلك ما لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه أو تقديم ضمان بذلك"** أما المادة 610 فتنص على أنه" **يجوز لمن تقدم بوعد لإعطاء قرض أن يتحلل من التزامه طبقاً لهذا الوعد إذا طرأت ظروف في الفترة اللاحقة على إعطاء هذا الوعد ، ترتب عليها تدهور جوهري في المركز المالي للموعود له ، بحيث أصبحت إمكانية استرداد القرض مشكوكاً فيها ".**[1]

أما القضاء الألماني فقد ساند القانون المدني الألماني في تقديس مبدأ العقد شريعة المتعاقدين فلم يعترف بنظرية عدم تغير الظروف، كما أنه لم يعرف عنه أي حكم في تلك الفترة ، خرج فيها عن مبدأ القوة الملزمة للعقد أو عدل من التزامات أحد المتعاقدين ، بل العكس من ذلك حيث صدرت أحكام قضائية من المحكمة الألمانية العليا"reichsgericht" رفضت من خلالها المساس بالعقد ، فالحكم الصادر أثناء الحرب العالمية الأولى رفضت فيها المحكمة تطبيق أحكام

---

1 مشار إليه في : عبد الحي حجازي مرجع سابق ص565

الظروف الطارئة على عقد مقاوله طويل الأجل أختل توازنه المالي بسبب تغير الظروف.[1]

أما عن سبب هذا التمسك الصارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في النظام القانوني الألماني في تلك الفترة - من وجهة نظرنا- فإنه يعود إلى ثلاث أسباب:-

أ) الاستقرار السياسي والاقتصادي لجمهورية ألمانيا في تلك الفترة حيث لم تظهر معالم تلك المشكلة إلا أثناء الحرب العالمية الأولى .

ب) هجران الفقه الألماني لنظريات القانون الطبيعي في مطلع القرن التاسع عشر حيث أنه في الفترة السابقة على ذلك قد تأثر بمدرسة القانون الطبيعي والتي كان يطغى عليها الطابع الكنسي الذي يأخذ بنظرية عدم تغير الظروف.[2]

ج) التفسير الجامد لبعض النصوص الواردة في القانون المدني الألماني.

المطلب الثاني
موقف القانون الألماني من المشكلة بعد الحرب العالمية الأولى

لم يستمر الاستقرار السياسي والاقتصادي لجمهورية ألمانيا بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى ، فبعد توقف الحرب ظهرت بعض المشاكل الاقتصادية والتي تعتبر امتداد طبيعي لأي حرب ، فحدث تضخم وارتفاع فاحش في الأسعار[3]، الأمر الذي أثر في التوازن العقدي، خصوصاً العقود المبرمة في فترة سابقة على

---

1 عبد الحي حجازي:النظرية العامة للالتزام الجزء الأول المطبعة العالمية القاهرة 1962 ص565

2 **Lesguillons (h.):** op. cit.,p.527

3 حدث تضخم كبير بين عام 1923وعام 1924في اوروبا أدى الى زيادة الاسعار بشكل فاحش

انتهاء الحرب ، حيث رأى جانب من الفقه والقضاء أنه من الإجحاف بمكان التطبيق الصارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين على هذه العقود.

الفرع الأول

نظرية الإستحاله الشخصية والإقتصادية

إزاء كل ذلك نودي بضرورة التوقف في تحديد مفهوم الإستحاله ، ففكرة الإستحاله وإن كانت معروفة قبل تلك الفترة،بالإضافة إلى كونها سبباً للإعفاء[1] إلا أنها كانت مقتصرة على مفهوم الإستحاله المادية والقانونية،لذلك رؤى ضرورة إدخال مفهوم الاستحالة الشخصية والاقتصادية "writschaltliche unmoglichkeit" كسبب لإعفاء المدين من تنفيذ التزامه ، كما أدخلته المحاكم في العقود التي اختل توازنها العقدي ، فقررت تعديل شروط العقد وملائمته وفقاً للمتغيرات الجديدة،آخذةً في الاعتبار نظرية عدم تغير الظروف وهي نفس النظرية التي رفضتها في مرحلة سابقة.

مدى اقتراب مفهوم الاستحالة في القانون الألماني من فكرة القوة القاهرة في الأنظمة الأخرى:-

ينص القانون الألماني على مساءلة المدين عن عدم تنفيذه لالتزامه إذا استحال عليه التنفيذ "leistungsstorung" وكانت تلك الإستحاله غير منسوبه للمدين نفسه[2].

---

1 **Rapsomanikis (m.g)** :frustration of contract…op.cit..p.553

2 **Lesguillons (h.)**: op.cit.,p.523

حيث تنص المادة 275 من القانون المدني الألماني لسنة 1900على أنه " **يعفى المدين من تنفيذ التزامه العقدي إذا أصبح تنفيذه مستحيلاً بعد إبرام العقد ونشوء الالتزام ، شريطة أن لا تكون تلك الاستحالة منسوبة إليه** " nicht zu vertreten unmoglich keit " أما عن تحديد المقصود بعدم نسبة الإستحاله للمدين نفسه فتوضحه المادة 276 من نفس القانون بأن " **ينسب عدم التنفيذ للمدين إذا نشأ من إهماله أو خطئه العمدي ، وكذلك خطأ أو إهمال الأشخاص الذين يضمنهم**".

ولكن هل نظرية الإستحاله المطبقة في القانون الألماني هي نفس فكرة القوة القاهرة force majeur المطبقة في بعض الأنظمة كالقانون الفرنسي والإماراتي؟ أم أن الفكرتين مختلفتين؟

انقسم الفقه في ذلك إلى رأيين متباينين:-

الرأي الأول:- يرى أنصار هذا الرأي أن مفهوم الاستحالة في القانون الألماني هي نفس مفهوم القوة القاهرة في الأنظمة الأخرى ، حيث لا توجد أية فوارق جوهرية بين الفكرتين ، وقد أرتكز أنصار هذا الرأي على أساس أن النتيجة التي يصل إليها كلا المفهومان واحد وهو إعفاء المدين عند عدم تنفيذ التزامه[1].

---

1 **Puelinkx (a.h.):** op.cit., p.60.

الرأي الثاني:- حيث يرى أنصار هذا الرأي أن مفهوم الإستحاله المطبق في القانون الألماني ليست مطابقة تماماً لمفهوم القوة القاهرة في الأنظمة الأخرى وإنما هي نوع مخفف من ذلك المفهوم[1].

أما نحن من جانبنا فنميل إلى تأييد الرأي الأول نظراً لأن مفهوم الاستحالة المطبق في القانون الألماني لا يختلف من حيث مضمونه ولا نتيجته عن مفهوم القوة القاهرة كما أنه من غير المنطقي وصف الاستحالة بأنها نوع مخفف من نظرية القوة القاهرة ، حيث لا يوجد معيار قانوني محدد يمكن الاستناد عليه لتقييم نظرية القوة القاهرة إن كانت مخففه أو مشددة .

ب) إعفاء المدين كنتيجة مترتبة على تطبيق نظرية الاستحالة:-

ويعتبر إعفاء المدين عند عدم تنفيذ التزامه هي النتيجة المنطقية والطبيعية لتطبيق نظرية الاستحالة في القانون الألماني في الحالات التالية:-

الحالة الأولى:- الاستحالة المادية أو الشخصية:

حيث يعفى المدين في القانون الألماني عند عدم تنفيذ التزامه إذا كانت الإستحاله ذات طبيعة مادية كهلاك الشيء محل التعاقد ، وتعتبر الاستحالة القانونية نوع من الإستحاله المادية كصدور تشريع جديد يمنع التعامل في شيء معين أو سلعة ما لم تكن محظورة عند التعاقد.

---

1 نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص333

وفي جميع الحالات فإنه يشترط أن تكون الإستحاله غير منسوبة للمدين فإذا كانت الإستحاله ناتجة عن خطأ أو إهمال من قبل المدين نفسه أو أحد الأشخاص الذين يضمنهم فلا يعفى المدين في هذه الحالة عند عدم تنفيذ الالتزام.

ومن التطبيقات العملية للقضاء الألماني في إعفاء المدين عند توافر حالة الاستحالة المادية الحكم الصادر من المحكمة الفدرالية الألمانية[1] سنة 1983 حيث تتلخص وقائع القضية في أن شركة ألمانية تعاقدت على توريد وتجهيز وتركيب معدات لإيران وأثناء تنفيذ العقد ، قامت الثورة الإسلامية الإيرانية،فتوقفت الشركة الألمانية عن تنفيذ العقد ، وعند عرض القضية على المحكمة الفدرالية الألمانية قررت فسخ العقد وإعفاء المدين عن عدم تنفيذه لالتزامه مرتكزة في ذلك على أساس وجود حالة من حالات الاستحالة المادية المتمثلة في قيام الثورة،مع التأكيد على أن هذه الاستحالة لم يكن للمدين شأن في حدوثها ونشير هنا أن المحكمة قد فرقت بين نوعين من الاستحالة هما الاستحالة الدائمة والاستحالة المؤقتة،ورأت أنه إذا كان الحدث الذي أدى إلى استحالة التنفيذ كان مؤقتاً فإنه سيتم وقف تنفيذ العقد[2] لحين زوال المانع، أما إذا كان العائق دائماً أو سيمتد فترة من شأنها أن تغير من التزام الأطراف،فلا مجال للتردد بالحكم بفسخ العقد وانقضاء التزام الأطراف.

---

1 القضية مشار إليها في نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص334

2 سنتناول نظام وقف العقد المطبق في عقود التجارة الدولية بنوع من التفصيل في مؤلفنا لاحقا

الحالة الثانية:- الاستحالة الاقتصادية wirtschaltliche unmoglichkeit

بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية توسع القضاء الألماني والفقه - كما ذكرنا سابقاً- في تحديد مفهوم الاستحالة والسبب في ذلك يعود إلى التفسير المرن لبعض النصوص الواردة في القانون المدني الألماني حيث رأى الفقه،يسانده القضاء في ذلك أن مفهوم الاستحالة يجب أن لا يقتصر على الحالات التي يستحيل فيها التنفيذ بالمعنى الدقيق لهذه الكلمة بل يجب أن يمتد ليشمل الحالات التي يرهق فيها المدين ويجبر بالتالي على تنفيذ ما يفوق تصوره ويسبب له خسارات فادحة إن استمر في تنفيذ التزامه[1].

ويرى الفقه والقضاء الألماني أن المتعاقد عندما يتعرض لتغيرات في الظروف تجبره على القيام بتنفيذ التزامات لم يكن ليتصورها فإنه من غير العادل والمعقول مطالبته بتنفيذ الالتزام حيث أن ذلك يخالف مبدأ حسن النية عند التعاقد ولتوضيح حالة الاستحالة الاقتصادية فإننا نضرب المثالي التالي ، في مقاول بناء تعاقد مع شخص على بناء مجموعة مساكن ثم حدث بعد إبرام العقد وأثناء تنفيذه أن ارتفعت أسعار مواد البناء ارتفاعاً فاحشاً، صحيح ان التزام المقاول من الممكن تنفيذه إلا أن استمراره في تنفيذ العقد سيحرمه من هامش الربح الذي توقع الحصول عليه، بل قد يكلفه خسارات فادحه نتيجة ارتفاع تكاليف مواد البناء في هذه الحالة نكون بصدد استحالة اقتصادية.

ونشير هنا أن التوسع في فكرة الاستحالة جعلها تقترب أيضاً من فكرة الظروف الطارئة "I imprevision " المطبقة في بعض الأنظمة الأخرى ، فكما ذكرنا

---

1 **Puelinckx (a.h.):** op.cit.. note 34, p.60.

سابقاً فإن الاستحالة المادية اقتربت كثيراً بل تداخلت مع فكرة القوة القاهرة ، نجد أن الاستحالة الاقتصادية اقتربت أيضا من فكرة الظروف الطارئة والسبب في ذلك هو مرونة ونسبية فكرة الاستحالة لدى المحاكم الألمانية بعد انتهاء الحرب العالمية الأولى[1].

ومع هذه المرونة فإن فكرة الاستحالة الاقتصادية لم تسلم من الانتقادات التي وجهت إليها نوردها في النقاط التالية:-

1) أن تحديد درجة الإرهاق التي يتعرض لها المدين في حالة الاستحالة الاقتصادية هي عملية تقديرية حيث لم توضع آلية معينة لتحديد درجة الإرهاق التي يتم بموجبها فسخ العقد فما يعتبر مرهقاً عند أحد القضاة قد لا يعتبر كذلك عند الآخر وهذا الأمر يؤدي إلى تباين الأحكام القضائية.

2) أن الاستحالة الاقتصادية دائماً ما تتعلق بالأشياء المعينة بالنوع وتطبيق نظرية الاستحالة الاقتصادية سيتنافى مع قاعدة الأشياء المثلية لا تهلك " genera non pereunt"[2].

3) أن تطبيق نظرية الاستحالة الاقتصادية وما يترتب عليها من إعفاء المدين من تنفيذ التزامه سيؤدي إلى الإجحاف بحق الدائن الذي لم يحصل على مقابل لما أداه من التزامات[3].

---

1 **Lesguillons (h.)**:op. cit., p.524.

2 نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص336

3 المرجع السابق.

الفرع الثاني

نظرية انهيار الأساس التعاقدي

wegfall der geschaftsgrund lag

يمثل منهج القانون الألماني في التعامل مع مسألة حسن النية true und glauben اتجاهاً متشدداً وذلك بما يعكسه من رؤية مختلفة لمفهوم العقد يتخطى بها المنظور المستقر عليه في مختلف قوانين الدول، حيث يبدأ من المرحلة التي تسبق فعلاً لحظة إبرام العقد وذلك على افتراض أن العقد يفرض التزاماته قبل أن يولد فعلا[1] يمده إلى مرحلة وجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية وفقاً للمادة 242 وكذلك المادة 157 والتي توجب تفسير العقود وفقاً لمقتضيات حسن النية.

إزاء ذلك الوضع ظهرت نظرية قانونية جديدة عالجت مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد وهي نظرية انهيار الأساس التعاقدي[2] " loss of the basis of the business".

حيث جاءت محاولات الفقه والقضاء استجابة للتغيرات الاقتصادية الكبيرة التي صاحبت الحرب العالمية الأولى مثل زيادة الديون وارتفاع نسبة التضخم والكساد الاقتصادي في تفسير بعض النصوص القانونية بنوع من المرونة لتكسر من حدة الأخذ بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين فقد اعترفت المحكمة الفدرالية بأن

---

1 بلال عبد المطلب بدوي مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية ص349

2 جاك غستان مفاعيل العقد وآثاره مرجع سابق ص 415

"الاضطرابات الجوهرية للتوازن العقدي والتي سببها التضخم تبرر ملائمة العقد مع الوضع الجديد"[1].

وتعالج هذه النظرية اختلال الأساس التعاقدي للعقد أو انهيار الدعائم الأساسية التي يقوم عليها العقد [2]بسبب أحداث غير متوقعة ومستقلة عن إرادة الأطراف[3]وهذه الأحداث غير المتوقعة تؤدي بطبيعة الأمر إلى اضطراب جوهري في التوازن العقدي وتقلب اقتصاديات العقد[4].

ويسمح القضاء الألماني وفقاً لهذه النظرية بتعديل العقد إذا أدى الحدث إلى اختلال كبير في التوازن gross dispropoition حيث يسمح للقاضي بالتدخل لملائمة العقد على أثر وقوع تلك الحوادث ، وهذا الاختلال قد يحدث نتيجة انخفاض قيمة العملة أو بسبب تغيرات في النظام القانوني أو السياسي السائد[5]وسلطة القاضي في القانون الألماني في مراجعة العقد أو تطويعه ذات حيز

---

1 **Horn (n.):** charge in circumstances...op.cit., p.19.

2 وقد تكون هذه الاعتبارات اقتصادية أو سياسية، شخصية أو موضوعية ، وإن كان بعض الفقه يقصر تطبيق هذه النظرية على الاعتبارات الموضوعية التي تتعلق بالظروف الاقتصادية فقط .انظر، **van ommeslaghe** (p.),op.cit., p.24.

وقد قسم الأستاذ sparwasser هذه الاعتبارات الأساسية إلى نوعين، اعتبارات موضوعية وأخرى شخصية. وتتعلق الاعتبارات أو الأسس الموضوعية بالظروف التي أبرم العقد خلالها والذي أثر تغيرها في توازن الأداءات المتبادلة للأطراف، أما الاعتبارات الشخصية للمتعاقدين.انظر، **sparwasser** (r.), op.cit., p.126 et 127.

3 راجع في ذلك، **w.rivking(d)** lex mercatoria and force majeure in transnational rules in intemational commercial arbitration, 1993,p .181 et s

4 حيث يرى أن "انهيار الأساس التعاقدي" يتمشى بصفة عامة مع نظرية الظروف الطارئة. **Philippe (d.):**op.cit., 4

5 راجع في ذلك،

w.rivkin (d.),lex mercatoria and force majuere in transnational commercial arbitration1993.,p.183;**sparwasser** (r);rapportnationaux allemagne.;p.132;**oppetit** (b) :la theorie; de I imprevision en droit compareannexpart, com 1976;p.45

واسع تختلف عن باقي الأنظمة ، فالقاضي بعد مراجعة العقد يمكنه تعديل الأداءات العقدية ولا يقتصر دوره على مجرد التعويض فقط[1].

وتعتبر نظرية انهيار الأساس التعاقدي في معالجة مسألة تغير الظروف المحيطة هي نفس القاعدة المطبقة حتى نهايات القرن الثامن عشر وهي قاعدة الشرط الضمني عدم تغير الظروف إلا أن الأولى قد طبقت على نحو واسع مرتكزة في ذلك على مبدأ حسن النية.

ولكن ماذا لو أن القاضي عجز عن ملائمة العقد أو أن الظروف كانت من القسوة بحيث استحال معها تعديل العقد فهل يظل العقد قائماً منتجاً لكافة آثاره ؟
أم يحق للقاضي الحكم بفسخ العقد وإعفاء المدين ؟ هذا ما تجيب عنه المادة 275 والمادة 283 من قانون الالتزامات b.g.b فالمادة الأولى تنص على أن " **يتحرر المدين من كل مسؤولية في حالة ما إذا أصبح تنفيذ التزامه مستحيلاً** ".

أما المادة الثانية فتنص على أنه " **لا يلزم المدين بدفع تعويض عند عدم تنفيذ التزامه إذا لم يتمكن من تنفيذ هذا الالتزام بسبب لا يرجع إليه**".[2]

والجدير بالذكر أنه في حالة ما إذا أدى اختفاء الأساس التعاقدي للعقد إلى فقد العقد طبيعته بحيث يصبح هذا العقد مختلفاً بشكل جذري عن العقد الذي قصده الأطراف من البداية ، فإن الجزاء الذي يرتبه القضاء الألماني في هذه الحالة هو فسخ العقد وليس تعديله . انظر في ذلك

Lesguillons (h.) ;frustration ; force majeure :op .cit ;p .601 ;philippe (d.) ;op . cit ;p .200 ;david(r.) ,limprevision dans les droits europeens ,op.cit,p.218 .

1 **Philippe (d.)** pacta sunt servanda et rebus sic stantibus in l apport de la jurisprudence arbitrale, seminairedes 7et 8 avril 1986,p.200

2 **Le roy** (d.) ,op.cit.,p.628;

ولا يختلف الأمر بالنسبة لقانون فبراير لسنة 1976 الخاص بالعقود الاقتصادية الدولية ، في ألمانيا فالمادة 293 تتحدث صراحة عن آثار استحالة التنفيذ على العقد نفسه ، أما الفصل الثاني من هذا القانون والمعنون ب **"الإبراء من الآثار القانونية لفسخ العقد "** فيعالج فيه المشروع الألماني عدم مسؤولية المدين عن النتائج المترتبة على فسخ العقد بسبب القوة القاهرة[1] .

*** الشروط اللازم توافرها لتطبيق نظرية " انهيار الأساس التعاقدي"**

يشترط القانون الألماني لتطبيق نظرية انهيار الأساس التعاقدي توافر عدة شروط نوجزها فيما يلي:

الشرط الأول :- أن لا يكون الحادث الذي أدى إلى انهيار الأساس التعاقدي منسوباً إلى المدين :

يشترط في الحادث الذي أدى إلى قلب التوازن العقدي ، أن لا يكون منسوبا إلى المدين بخطأ منه أو إهماله أو بخطأ وإهمال أحد الأشخاص الذين يضمنهم ، لأن تطبيق النظرية في هذه الحالة يكون مخالفاً لأحد ركائزها الجوهرية ، وهو مبدأ حسن النية فلو أهمل المدين تنفيذ التزاماته المترتبة عليه عند التعاقد ، وتم إنذاره من قبل الدائن وترتب على ذلك أن تأخر في تنفيذ الالتزام وحدثت ظروف أدت

---

1 مشار إليه شريف غنام مرجع سابق ص61 نقلا عن **enderlein** (f.),la reglemantation juridique des relations economiques intemationalles en r.d.a.jdi,1977,p.390 ;

إلـى انـهيار أسـاس العقد فإنـه من الظلم و الإجحاف بمكان أن يتم إعفاء المدين من تنفيذ التزامه[1].

الشرط الثاني :- أن لا يكون الخطر ضمن المخاطر المعتادة في العلاقات العقدية:

كل متعاقد يضع في اعتباره عند دخوله في علاقة عقدية مقداراً محتملاً من المخاطرة ، صحيح أن المتعاقد يهدف إلى تحقيق الربح و الحصول على الفائدة إلا أن ذلك لا ينفي احتمالية تعرضه للخسارة ، فمن يشتري بضاعة معينة بغرض بيعها ثم ينخفض الطلب عليها نتيجة ظهور سلعة مماثلة ذات جودة وسعر أقل فإن التاجر في هذه الحالة لا يستطيع التمسك بنظرية انهيار الأساس التعاقدي فلا يستطيع التنصل من أداء التزاماته تجاه المورد ، لأن هذه الأمر يعتبر من المخاطر المألوفة و المعتادة في الممارسات التجارية ، أما إذا كانت الأخطار غير متوقعة وتجاوز الأخطار المعتادة التي ينفي توقعها من وجهة النظر الاقتصادية فإن النظرية تنطبق[2].

---

1 نرمين محمد محمود مرجع سابق ص 341

2 **Van ommeslaghe (p.):**op.cit.,p.26-27

وانظر أيضًا نرمين محمد محمود ، المرجع السابق.

الشرط الثالث :- أن تؤدي التغيرات في الظروف إلى اختلال واضح في أسس العقد :

أسس العقد كما يصفها البعض أنها " التصور المشترك لأطراف العقد في الظروف المحيطة به والتي تم إبرام العقد فيها[1] " ومما لا شك فيه أن هذا التصور يدخله الأطراف في اعتبارهم عند دخولهم في أي علاقة عقدية ، وبناءً على ذلك فإن أسس العقد هي التي قد يتخيل للمتعاقدين بأنها موجودة وفق تصور معين في حين إلى أنها في الواقع قد تكون مخالفه لما تصوره الأطراف ، أو أنها قد تكون غير موجودة ، بالإضافة إلى ذلك فإنها قد تتغير خلال فترة تنفيذ العقد[2] .

كما أن الفقه الألماني قد قسم هذه الأسس إلى قسمين ، أسس موضوعية وأخرى شخصية ، فالموضوعية تتمثل في الظروف الاقتصادية والقوانين التي أبرم بناءً عليها الاتفاق ، والتي بطبيعة الحال يجب أن تبقى على حالها أثناء فترة تنفيذ العقد ، بحيث يختل توازن أداءات الأطراف عند اختلالها ، أما الأسس الشخصية – كما يرها الفقه – فهي ترتبط بالظروف الشخصية للمتعاقدين ، مثل الخطأ المشترك الذي يرتكبانه أو عدم تحقق الغرض الشخصي الذي يهدف الأطراف إلى تحقيقه عند إبرام العقد[3] .

---

1 **Philippe (.D)**: Op cit p 195
2 **VAN OMMESLAGH .(P.)** : Op cit p 24
3 نرمين محمد محمود مرجع سابق

المبحث الرابع

موقف القانون الإنجليزي من مسألة تغير الظروف

عالج النظام القانوني الانجليزي مسألة تغير الظروف التي تحدث بعد إبرام العقد والتي من شأنها أن تؤثر على تنفيذه وذلك من خلال تطور تاريخي بدأ بموقف صارم من المساس بالعقد حتى توالت بعد ذلك الأحداث التي جعلت القانون الانجليزي يعيد النظر في هذه المسألة .

المطلب الأول

التطبيق الصارم لمبدأ المسؤولية المطلقة للمتعاقدين

ظلت القاعدة المتبعة في القانون الإنجليزي حتى بدايات النصف الثاني من القرن التاسع عشر فيما يتعلق بالعقود بأن المتعاقد مسئول مسؤولية مطلقة عن التزاماته التي أبرمها[1] ، وبناءً على ذلك فإن المتعاقد يسأل عن عدم تنفيذه لالتزامه، فمنذ سنين مضت كان القانون الإنجليزي يمنع إعفاء أي من المتعاقدين من تنفيذ التزاماته التي أبرمها بمحض إرادته إذا ما حدثت أحداث - بعد إبرام العقد وقبل أو خلال تنفيذه- جعلت تنفيذ العقد صعباً أو مستحيلاً وحتى ولو لم ترجع تلك الصعوبة أو الاستحالة إلى خطأ من جانب المتعاقد نفسه وبعبارة

---

1 **RAPSOMANIKIS (M.G) :** Frustration of contract..op .cit ., p556.
SCHMITTHOFF (C.): Frustration of international contracts.. of sale in English and comparative law , in some proplems of non performance and force majeure in international contract of sale int"l .ass of legal scince ,helsenki1961 ., p 131.

أخرى فإن الشخص إذا تحمل بالتزام عقدي وبإرادة حرة فلن يكون في وسعه التحلل من التزاماته إذا ما حدثت بعد ذلك تغيرات في الظروف أثرت على قدرته في تنفيذ التزامه.

وقد ترسخت مبادئ تلك القاعدة بوضوح في منتصف القرن السابع عشر وبالتحديد عام 1647 ففي قضية[1] **Paradine .V. Jane** حيث تعتبر أولى السوابق القضائية[2] في تطبيق قاعدة المسؤولية المطلقة للمتعاقد عن التزاماته والتي تتلخص وقائعها في أن **Paradine** كان يملك قطعة أرض وقد أستأجرها منه المدعو **Jane** لشغلها عدة سنوات ولكن حدث أمر ما جعل Jane غير قادر على استغلال الأرض حيث غزا عدو للملك واستولى على جزء من أراضي المملكة الأمر الذي جعل **Jane** غير قادر على دفع ثمن الإيجار بسبب استيلاء العدو للأرض فقام مالك الأرض برفع دعوى ضد **Jane** يطالبه فيها بسداد ثمن الإيجار في حين دفع المدعى علية بأنة لم يتمكن من سداد قيمة الإيجار بسبب طرده من الأرض وعدم قدرته على الانتفاع من الأرض وتحصيل قيمة الإيجار وقد قوبلت دفوع المدعى عليه بالرفض بسبب التطبيق الصارم لمبدأ المسئولية المطلقة للمتعاقد عن التزامه ، حيث رأت المحكمة أن المتعاقد يكون مسئولا عن كافة الالتزامات العقدية التي إبرامها من تلقاء نفسه وان المتعاقد لابد له أن يكون محترزاً لكافة التغيرات والظروف التي قد تحدث بعد إبرام العقد.

---

1 . **Ewan Mckendrick** contract law Page No 227
وللاستزادة حول هذه القضية راجع في ذلك حسين علي عبيد عودة الجيلاوي استحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الأجنبي دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والإنجليزي ، جامعة بغداد ص11 .

2 ما يميز النظام الإنجلوسكسوني عن النظام اللاتيني ، هو اعتماده على السوابق القضائية في التشريع ونشير هنا أن السابقة القضائية هي عبارة عن حكم قضائي يصدر من المحكمة العليا ويتواتر بحيث يكون بعد ذلك قاعدة قانونية يجري العمل عليها من قبل القضاء الأقل درجة ، أما النظام اللاتيني – وهو المعمول به في فرنسا ومصر ودولة الإمارات – فهو يعتمد على التشريع بشكل أساسي دون الالتفات إلى الأحكام القضائية السابقة .

وبناء على ذلك قرر مجلس اللوردات " **انه عندما يلقي القانون واجباً على شخص لا يستطيع أداءه بسبب أجنبي لا يد له فيه فإنه يعفى من أدائه ولكنه إذا ألزم نفسه بموجب العقد إلزاما مطلقاً بالأداء فإنه لا يستطيع أن يتنصل من دفع التعويض بتقديم الدليل على أنه نظراً لتغير الظروف أصبح الوفاء بالالتزام مرهقاً أو مستحيلاً**"[1] والتبرير الذي أخذت به المحكمة تأييداً لهذا المبدأ القاسي هو أن المتعاقد يستطيع دائماً أن يتحرز من نتائج الحوادث المفاجئة وتغيرات الظروف بالنص الصريح في بنود العقد ، ولكنه إن تعهد مختاراً بأداء التزام مطلق دون شرط فإنه يكون مسئولا عن الالتزامات العقدية الناشئة عن العقد الذي ابرمه من تلقاء نفسه.

المطلب الثاني
التخفيف من حدة مبدأ المسؤولية المطلقة للمتعاقدين

ظلت القاعدة المطبقة في العقود و هي المسؤولية المطلقة للمتعاقدين عن التزاماتهما سائدة فترة من الزمان حتى حدثت تغيرات وأحداث خففت من حدة الموقف الصارم لتطبيق هذا المبدأ بواسطة نظرية تسمى نظرية الاستحالة[2] (**.(doctrine of frustration**

---

1 يلاحظ أن القانون الانجليزي قد فرق بين الالتزامات التي يفرضها القانون على الشخص والالتزامات التي يحملها الشخص على نفسه من خلال الدخول في علاقة تعاقدية حيث رأت المحكمة أن القانون يعفي الشخص في حالة ما إذا كان الشخص لم يستطع فيها التنفيذ بشرط أن لا تكون تلك الاستحالة ناتجة عن خطأ من جانبه وذلك في الحالة الأولى أما في الحالة الثانية فإن الشخص لن يعفى من أداء التزامه الذي ابرمه من تلقاء نفسه حيث يجب عليه أن يتوقع الأخطار التي قد تطرأ وتحول دون تنفيذه لالتزاماته حتى ولو كانت هذه الأحداث خارجة عن إرادته راجع في ذلك **LESGUILLONS (H.):** Frustration…op.cit.,p.509

2 **Treitel** (Frustration Of Contraet) Page No 567 **DRAETTA (U.):** Force majeur clauses in international trade practice. 1996, p.547

ففي 28 مايو[1] 1861 تعاقد **Taylor** مع **Caldwell** على أساس أن يقوم باستئجار قاعه للحفلات مع الحديقة التابعة لها لمدة أربعة أيام مقابل مائة جنية إسترليني وبعد إبرام العقد وقبل بداية تنفيذه شب حريق في القاعة من دون أي خطأ من جانب أي من المتعاقدين وبناء على ذلك فإن **Taylor** لم يستطيع من إقامة الحفلات بالإضافة إلى أن العقد لم يتضمن أي احتياط أو احتراز في حالة حدوث طارئ.

طالب **Taylor** بالتعويض عن الأضرار التي ترتبت عليه نتيجة عدم إقامته للحفلات الموسيقية مستنداً في ذلك على مبدأ المسؤولية المطلقة عن عدم التنفيذ وأن المتعاقد كان لابد له من أن يزود عقدة ببند احترازي في حاله حدوث ظروف طارئة **(Unforeseen Event)** وبما أن المتعاقد قد أغفل تزويد عقدة بهذا الإجراء الاحترازي فإنه يكون مسئولا مسؤولية مطلقة عن كافة التغيرات التي حدثت وأثرت على العقد بشكل مباشر.

رأت المحكمة أن المدعى عليه غير مسئول عن عدم تنفيذه للعقد وأن مطالبة المدعي لتعويض الضرر غير مقبولة، لأنها رأت أنه[2] عند تفسير أي عقد لابد من أن يكون التفسير مرتكزاً على الإرادة الحقيقية للأطراف وهذه الإرادة قد تكون صريحة مدونه في العقد كما أنها قد تكون ضمنية تستخلص من وقائع وظروف العقد ففي هذه القضية محل النزاع فإن الأطراف قد تعاقدوا على أساس وجود شرط ضمني وهو بقاء القاعة الموسيقية صالحه للاستعمال وبما أن العقد خلا من

---

1 **Lorence Kofman** .. Page No 66
2 **Cheshire, Fifooat and Furmstons** (Law Of Contract) Page No 581

وجود أي شرط صريح يعفى أي من المتعاقدين فإنها ستبنى حكمها على أساس وجود هذا الشرط الضمني، وبالتالي فإن العقد قد استحال تنفيذه نتيجة دمار القاعة الموسيقية .

و يرى الفقه الإنجليزي أن قضية **Taylor .V.caldWell** هي التي أسست قواعد نظرية الاستحاله[1] كما أنها صنعت اعتداءً صارخاً على مبدأ المسؤولية المطلقة للمتعاقدين عن الالتزامات العقدية.

ونشير هنا أن المحكمة عند تقديرها للشرط الضمني لابد وأن تضع في الاعتبار هدف الأطراف من التعاقد[2] ففي قضية **Krell .v. Henry** والتي تتلخص وقائعها أنه في عام 1903 كان سيتم تتويج الملك إدوارد الثاني وبناءً على ذلك تعاقد henry على استئجار شقه في **Pall Mall** من المدعو **Krell** وذلك لمشاهدة مراسم حفل التتويج بتاريخ 27/26 يناير مقابل 75 جنيهاً إسترلينيا وقد تم دفع مبلغ 25 جنيهاً على أن يتم دفع باقي المبلغ عند استعمال الشقة ولكن حدث أن مرض الملك في ذلك اليوم فتم تأجيل مراسم حفل التتويج.

طالب **Krell** بالخمسين جنيهاً المتبقية في حين رفع **Henry** دعوى مقابله **(Counter Claim)** ضد المؤجر يطالبه فيها باسترداد المقدم المدفوع.

---

1 **Ewan mckendriek** .. Page No 22
2 **Treitel** .. Page No 570

وعند عرض القضية على محكمة الاستئناف قررت " **أنه إذا ما وقع حادث مفاجئ لا يسأل عن وقوعه أي من الطرفين وكان من نتيجة ذلك الحادث القضاء على أساس العقد ذاته إلى الحد الذي يجد فيه الأطراف أن الحادث المفاجئ وضعهما في موضع مختلف اختلافاً جوهرياً مما كانا يتوقعانه أصالاً فإن العقد ينفسخ من تلقاء نفسه بقوة القانون**"[1] .

كما أضافت " **بأن هناك شرط ضمني بين الأطراف وهو مشاهدة مراسم التتويج وأن أثر إلغائه هو إعفاء الطرفين من أداء التزاماتهما والسبب في ذلك أنه لم يعد ممكناً تحقيق الغرض الأساسي من العقد**"[2] .

وفي قضية. **Tatem Ltd.V.Gamboa** تم التوصل إلى نفس النتيجة السابقة[3] ففي يونيو 1937 وفى ذروة الحرب الأهلية الاسبانية أجرت الشركة المدعية سفينة لحكومة الجمهورية لمدة ثلاثين يوماً من أول يوليو بغرض نص عليه صراحة وهو إجلاء المدنيين من موانئ اسبانيا الشمالية إلى موانئ خليج فرنسي، وتم الاتفاق على أن تكون الأجرة بواقع 250جنيهاً يومياً وحتى تاريخ التسليم الفعلي للسفينة.

وكانت قيمة الأجرة تقريباً ثلاثة أضعاف القيمة السائدة في السوق بالنسبة لإيجار السفن المماثلة التي لا تتعامل مع الموانئ الاسبانية وبعد رحله واحده ناجحة تم الاستيلاء على السفينة بواسطة الوطنيين في 14 يوليو وحجزت في بيلاو حتى 7

---

1 **ATIYAH(P.):** An introduction to the law of contract , Op,Cit.,p.237
2 **SMITH AND THOMAS** : Casebook on contract p. 561
3 Lorence kofman: op cit p 667

سبتمبر ثم أطلق سراحها وتم تسليمها إلى الشركة المدعية في 11 سبتمبر وقد سبق أن تم دفع الأجرة مقدماً حتى 31 يوليو ولكن حكومة الجمهورية رفضت دفع الأجرة عن الفترة مابين أول أغسطس و 11 سبتمبر على أساس أن السفينة قد تم الاستيلاء عليها، وفي ذلك قضى اللورد جودا رد بأن الاستيلاء أطاح بأساس العقد ومن ثم لا يجوز مساءلة حكومة الجمهورية و استطرد قائلاً:-

" إذا حدث بالنسبة لأساس العقد سوء نتيجة لهلاك محل التعاقد أو بسبب الانقطاع الطويل حتى أصبح الوفاء في واقع الأمر كما لو كان وفاء بعقد آخر ولم يورد الطرفان نصاً يقضي بما يترتب من أثر على وقوع ذلك الحادث فإن العقد قد استحال تنفيذه" .

كان واضحاً في قضية **Krell .V. Henry** أن المتعاقد قد اتجهت إرادته في التعاقد وأخذت في الاعتبار مشاهدة حفل تتويج الملك، فالغرفة لم تكن لتأجر عادة وبهذا السعر المرتفع لولا وجود حفل تتويج الملك ولكن تكمن الصعوبة في حالة ما إذا اختلف القصد من التعاقد لكلا الطرفين ففي قضية **Herne Bay**[1] **Steamboat V.Hotton** تعاقد المدعو **Hotton** على استئجار قارب بمبلغ 250 جنيهاً إسترليني بتاريخ 29/28 يناير 1903 وذلك لغرض مشاهدة حفل تتويج الملك هنري، وقد قام المتعاقد بدفع مبلغ 50 جنيهاً مقدم للتعاقد، ولكن بسبب تأجيل الحفل ظلت السفينة **Cathya** راسية في ميناء **Spithead** ولم تستخد م وقد طالبت الشركة المؤجرة الشخص المستأجر بسداد باقي المبلغ ورفعت دعوى ضده.

Lorence Kofman ... Op. cit., Page No 668

على الرغم من أهمية نظرية الشرط الضمني في التلطيف من التطبيق الصارم لقاعدة المسؤولية المطلقة للمتعاقدين عن طريق وضع أسس لبناء نظرية الاستحاله، إلا أنها لم تلبث أن تعرضت للنقد الشديد من جانب الفقه والقضاء الإنجليزي لاسيما القضاة الذين يؤيدون بإخلاص أكثر طبيعة المهمة القضائية[1] فبعض القضاة ذهب إلى قول أنه " ليس قصد أو نية الأطراف هو الذي يفصل في مسألة ما إذا كان مهماً أم لا وإنما المحكمة هي التي تمارس السلطة اللازمة لإعلان إنهاء العقد فما يحدث هو أن المحكمة تقرر ما يعتبر معقولاً في ظروف القضية وهي التي تحدد ما إذا كان ينبغي إعفاء الأطراف أم لا وفقاً لتلك الظروف"[2] .

وتتميز هذه النظرية عن سابقتها بالواقعية والموضوعية فهي لا تنظر إلى نية الأطراف من التعاقد ولا تتحرى عن خلجات النفس والإرادات المضمرة التي دفعت الأطراف إلى إبرام العقد كل ما هنالك أن هذه النظرية أعطت للمحكمة سلطة الحكم بما تراه من حلٍ عادلٍ ومعقول أي أنها أعطتها سلطة تحكمية في إعفاء المتعاقدين من التزاماتهما إذا رأت بأن هذا الحل هو الحل العادل والمعقول وقد هاجم مجلس اللوردات هذه النظرية واستند في نقده بأن هذه النظرية تلقي بالمهمة برمتها على عاتق القضاة كما أنها تغفل المعطيات الموضوعية للعقد بالإضافة إلى أنها تكلف القضاء بمهام تتجاوز سلطاته كالحق في الإبراء.[3]

---

1 نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق 356

2 **ATIYAH(P.):** Op.cit.,p.237

3 نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص356

رأت محكمة الاستئناف بعدم انفساخ العقد في حكمها الذي قررت فيه بأنه لم يكن مشاهدة الحفل هو أساس العقد على الرغم من صلة الحدث في إنشاء العقد وذلك لأنه كان من الممكن استخدام السفينة في الطواف حول الأسطول بدون أن تكون هناك مراسم للاحتفال وان قيام الاستعراض البحري لم يكن هو السبب الوحيد الدافع إلى التعاقد حيث أن التجوال حول الأسطول كان يشكل أساسا مساويا لمشاهدة الاستعراض البحري كما أن المؤجر كان من الممكن له تأجير القارب لأهداف أخرى وأشخاص آخرين بنفس السعر في حين انه في القضية السابقة قضية **Krell .V.Henry** فإن الغرفة محل العقد لم تكن لتأجر وبهذا السعر المرتفع لولا وجود حفل تتويج الملك.

- **<u>البند الاحترازي يجنب المتعاقدين الصعوبات المادية:-</u>**

الاعتماد على توافر الإرادة الضمنية لتطبيق نظرية الاستحالة في العقود قد لا تنجح في جميع الحالات فهناك الكثير من العقود التي لم يسمح فيها القضاء الإنجليزي من إعفاء أحد المتعاقدين من التزامه وذلك بسبب خلو العقد من وجود أي بند احترازي عند حدوث صعوبات تجعل التنفيذ مرهقاً لأحد الأطراف.

ففي قضية **Tsakireglou Coltd .V.Noblee Thorl**[1] والتي تتلخص وقائعها في أن الشركة الأولى أبرمت عقداً مع الشركة الثانية لشراء كمية من الفول السوداني، على أن يشمل المبلغ المتفق عليه أجرة الشحن من السودان إلى ميناء هامبورغ بألمانيا عن طريق قناة السويس، ولكن بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه

Ewan Mckwendrick ... Op.cit., Page No 232.1

تم إغلاق قناة السويس نتيجة لأحداث سياسية، فكان الحل البديل لذلك هو النقل عن طريق رأس الرجاء الصالح.

رفضت الشركة تنفيذ هذا العقد على أساس أن الرحلة ستكون طويلة ومرهقه وسيكلفها ذلك ضعف الثمن المتفق عليه، وان العقد قد استحال تنفيذه بسبب إغلاق قناة السويس .

رفض مجلس اللوردات هذا الدفع[1] لأن تنفيذ العقد كان ممكناً من الناحية الفعلية وحتى لو أن تنفيذ العقد أصبح مكلفاً مادياً لأن المتعاقد كان من الممكن له أن يضمن عقده إجراءا احترازياً يمكنه من مواجهة الظروف الجديدة كما رفضت المحكمة الطعن المقدم من الشركة لأن العقد لم يتضمن أن النقل سيكون عن طريق قناة السويس فقط ، ففي ظل وجود طريق آخر فالمتعاقد يظل ملتزم بعقده. ولتأكيد هذا الموقف من مجلس اللوردات نسوق المثال التالي في قضية **Davis**[2] **Contrectors Ltd V.Fareham**حيث تتلخص وقائع هذه القضية أنه في عام 1956 تعاقدت الشركة الأولى على بناء 78 منزلاً بمبلغ 92.425 جنيها إسترلينيا خلال فترة ثمانية أشهر، ولكن حدث بعد ذلك عجز كبير في الأيدي العاملة الماهرة وفي مواد البناء مما أدى إلى امتداد فترة الإنجاز إلى 22 شهراً وزادت تكلفة العمل 18000 جنيهاً إسترلينياً عن المبلغ المتفق عليه مما أثار الخلاف بين المتعاقدين، حيث طالبت الشركة برفع قيمة الإنجاز وفقاً للظروف الجديدة التي حدثت.

---

1 **Ewan Mckendrick** ... Page No 233.
2 **Treitel** ... Page No 569 **LAURENCE KOFFMAN**:The law of contract, p.335

رفض مجلس اللوردات الطعن المقدم من شركة **Davis** للمقاولات على أساس أن العقد لم ينفسخ[1] بسبب استحالة التنفيذ ، وبما أن المتعاقدين قد اتفقا على بناء عدد معين من المنازل ولم يحدث هناك أي تغير في الالتزام العقدي المتفق عليه فإن الصعوبات المادية التي تواجه تنفيذ العقد غير كافيه للحكم بأن العقد قد استحال تنفيذه وعليه فإن المتعاقد كان لابد له من اشتراط بند احترازي يمكنه من مواجهة كافة الصعوبات مثل ارتفاع أسعار مواد البناء أو أية أمور قد تؤثر في تنفيذه للعقد.

هذا الموقف المتشدد لنظرية الاستحالة من مجلس اللوردات تبنته المحكمة بقولها **" إن نظرية الاستحالة نادراً ما تنجح حينما يكون تنفيذ العقد ممكناً حتى لو كانت صعوبة التنفيذ تؤدي إلى إرهاق أحد المتعاقدين"[2].**

الفرع الأول

مجال تطبيق نظرية الاستحاله

ليس من السهل أو اليسير حصر الحالات والظروف التي تنطبق عليها نظرية الاستحاله، ولكننا سنقوم باستعراض لبعض القضايا التي أثيرت فيها هذه النظرية:-

---

1- **Treitel** ... Page No 569.
2 Ibid

1- عقد الإيجار (Leases):-

يرى القانون الإنجليزي أن عقود الإيجار هي المكان الأوفر حظاً لتطبيق نظرية الاستحالة نظراً لأنها عقود مستمرة تكون عرضه للتغيرات الخارجية حيث ذهب مجلس اللوردات في قراره على أنه **"لا يوجد سبب يمنع من تطبيق نظرية الاستحاله على كافة عقود الإيجار في حالة توافر شروط تطبيق هذه النظرية[1]"** ففي قضية **National Carrires Ltd .V. Panalpina** والتي تتلخص وقائعها في أن المدعي استأجر مستودعاً لمدة عشرة سنوات وبعد خمس سنوات ونصف السنة من مدة الإيجار تم إغلاق الطريق المؤدي إلى المخزن لمدة ثمانية عشر شهراً وأدى هذا الإغلاق إلى منع المستأجر من الوصول إلى المخزن لممارسة تجارته فتوقف المستأجر عن دفع الأجرة مستنداً في ذلك إلى نظرية استحالة تنفيذ العقد ، وعند عرض النزاع قرر مجلس اللوردات" بأن إغلاق الطريق المؤدي إلى المخزن ليس بالسبب الكافي لانفساخ العقد على الرغم من الضرر الذي سيصيب المستأجر لأن هناك ثلاث سنوات متبقية من عقد الإيجار بعد فتح الطريق مرة أخرى" ثم أضاف مجلس اللوردات بأنه " لو كانت مدة إغلاق الطريق هي المدة الأطول من عقد الإيجار فإن العقد سينفسخ في هذه الحالة" .

2- الاستحالة (Impossibility) بسبب تلف محل العقد (Destruction Of Subjed Matter):-

يعتبر تلف محل العقد سبباً رئيسياً لتطبيق نظرية الاستحالة[2] ، حيث رأينا في قضية **Taylor .V. Calldwell** مثالاً واضحا على الاستحالة بسبب دمار

---

1 -Laurence Koffman ... Op.cit., Page No 345.
2 ibid

محل العقد دماراً كلياً ونفس الأمر ينطبق في حالة التلف الجزئي لمحل العقد وتكون النتيجة انفساخ العقد ، ففي قضية **Asfar .V. Blundell** وبالتحديد في عام 1896 تم التعاقد على نقل كمية من التمور بواسطة سفينة شحن ولكن حدث أن تعرضت السفينة للغرق الجزئي فتم تعويمها بعد عدة أيام وبسبب تعرض الشحنة للماء رفض المالكين دفع قيمة الشحنة على أساس تلف محل العقد- صحيح أن التمور قد تخمرت وصار من الممكن استخدامها لأغراض أخرى- إلا أنه لم يكن ذلك هو هدف الأطراف من التعاقد[1]، لذلك انفسخ العقد نتيجة استحالة التنفيذ.

3- الاستحالة بسبب المرض أو الموت:-

إن شخصية المتعاقد ليست محل اعتبار في الكثير من العقود التجارية لذلك فإن مرض المتعاقد أو وفاته لا تؤثر في إنجاز العقد ولكن هناك بعض العقود قد تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار ففي قضية **Robinsen.V.Pavision** عام 1871 تم فسخ العقد وتطبيق أحكام نظرية الاستحالة بسبب مرض العازف الذي جعله غير قادر على تنفيذ العقد[2].

---

1. ويعتبر هذا التلف قد أثر في الوضع الأصلي للالتزام حيث لم تتجه إدارة الأطراف إلى هذا الغرض وهذا التغير يعتبر من الشروط الرئيسية لتطبيق نظرية الاستحالة ولمزيد من التفاصيل راجع في ذلك نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق صفحة 370.

2 من العقود التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار العقود المبرمة مع الأطباء والمحامين والفنانين لأن المتعاقد قد اختار الطرف الأخر بذاته وليس بصفته .

4- عقد البيع (محل العقد):-

يرى النظام القانوني الإنجليزي بأنه إذا كان محل عقد البيع محدداً ومعيناً بذاته فإن تلفه يؤدي إلى انفساخ العقد وذلك إذا لم يكن التلف بخطأ من جانب المتعاقدين أما إذا كان محل العقد غير محدداً بذاته فإن العقد لا ينفسخ.

5- عدم المشروعية:-

نظرية الاستحاله يمكن أن تطبق عندما يصبح تنفيذ العقد غير مشروع بسبب أحداث حدثت بعد إبرام العقد، وخير مثال على ذلك هو تنفيذ العقود المبرمة مع دولة العدو عند إعلان حالة الحرب وقد قال اللورد ماكميلان في هذا الصدد أنه " **من الواضح أن الاتفاق لأداء ما أصبح غير مشروع أداءه لا يمكن تنفيذه قانوناً، ولا يمكن أن يكون هناك خطأ أو تقصير في عدم أداء ما يحظر القانون عمله، ومن ثم فإن عقد بيع بضائع شحن من بلد أجنبي إلى ميناء بريطاني ينفسخ بالنسبة للمستقبل إذا كان التشريع الجديد المفاجئ يمتع استيراد بضاعة من ذلك النوع" .**[1]

الفرع الثاني

الأسس التي ترتكز عليها نظرية الاستحالة

أثارت النظريات القانونية التي يعتمد عليها في تأصيل نظرية الاستحاله جدلاً شديداً وقدمت الكثير من النظريات لتفسير الأساس القانوني للأسس التي ترتكز عليها نظرية الاستحاله حيث اتجه رأى إلى أن المحاكم تحاول أن تعطي فعاليه

---

ibid 1

للنية المفترضة للأطراف في حين اتجه رأى آخر إلى أن المحاكم تعمل مستقلة وتفرض الحل الذي يبدو لها معقولا وعادلا.

أولاً:- النية المفترضة للأطراف كأساس للنظرية

يعتبر بلاك برن من أنصار هذا الاتجاه ففي قضية **Taylor .V.Cald Well** رأى القاضي بلاك برن بأنه قبل الحكم بانفساخ العقد لابد من الملائمة بين مقتضى العقل والعدل ، وذهب في تفسير ذلك إلى أن العقد يجب أن لا يفسر على أنه مطلق إذا كان واجباً على الطرفين منذ البداية العلم بأن الوفاء به معتمد على استمرار وجود شيء معين، ومن ثم يجب عليهما التحقق من أن استمرار هذا الوجود إنما هو أساس الصفقة واستطرد قائلاً:بأنه في مثل هذه الحالة فإن العقد **" يكون خاضعاً لشرط ضمني بأن الطرفين سيعفيان في الحالة التي يصبح فيها الوفاء مستحيلاً قبل الإخلال بالعقد بسبب هلاك الشيء دون تقصير أو خطأ من أحد الطرفين" .**[1]

ومن ثم نشأت نظرية أن الفسخ يقوم على وجود شرط ضمني اتجهت إليه نية الأطراف ولافتراض مثل هذا الشرط قيل بأن " القانون كان يقوم بعمل ما كان يقصد إليه الطرفان نفسيهما وان كان ذلك بطريق لا شعوري" .[2]

---

1 سيشرون، فيفوت، فيرمسون احكام العقد في القانون الانجليزي ترجمة هنري رياض دار الجيل بيروت ص 713

2 المرجع السابق

ثانياً:- الحل العادل والمعقول كأساس لنظرية الإستحاله

وجهت إلى النظرية السابقة سهام نقد شديد وحلت محلها إلى حد كبير نظرية أكثر واقعية وهى أن المحكمة تفرض على الطرفين الحل العادل والمعقول الذي يتطلبه الوضع الجديد.

وقد قام اللورد رأيت بتوضيح وجهة نظره بأن نظرية استحالة التنفيذ قد خلقه القضاء لكي يسد به عيوب وثغرات العقد الأصلي بين الطرفين، وفى ذلك قال:- " حيث يحدث عادة أن يتمسك أحد المتعاقدين باستحالة التنفيذ للتنصل من الوفاء بما التزم به ويعارضه المتعاقد الآخر في ذلك فإن المحكمة تفصل في النزاع وتقرر فيه كأمر واقع بناء على الظروف الفعلية الملابسة للقضية" .[1]

وقد ذكر اللورد راد كليف في حيثية تتسم بسداد المنطق ما يلي:- "وفى ذلك الوقت لربما بدا أن الطرفين نفسيهما أصبحا في حالة جسمانية وروحيه بحيث يسمح لهما بالراحة والاطمئنان ويقوم مقامهما شخص يمثل الرجل العادل والمعقول والناطق بلسان الرجل العادل والمعقول والذي لا يعدو على أي حال أن يكون تمثيلاً للمفهوم الوجداني للعدالة وفقاً لما يجب أن تكون عليه المحكمة ذاتها".[2]

ومن ثم فإنه لربما كان من الأيسر أن يقال بادئ ذي بدء أن الاستحاله تقع عندما يعترف القانون بأنه دون خطأ من أي من الطرفين يصبح الالتزام التعاقدي

---

1 نرمين محمد محمود مرجع سابق
2 المرجع السابق

مستحيل التنفيذ وذلك لأن الظروف التي يتطلب فيها التنفيذ تجعله أمراً مخالفاً تماماً عما التزم به أصلاً بموجب العقد وبعبارة أخرى وكأن المتعاقد يقول أن ذلك ليس هو الالتزام الذي تعهدت بأدائه".

المطلب الثالث
شروط وآثار تطبيق نظرية الاستحالة

تناولنا فيما سبق التطور التاريخي لموقف النظام القانوني الإنجليزي من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد ومجال تطبيق تلك النظرية، وسنتناول في هذا المقام أهم الشروط الواجب توافرها للحكم بتطبيق نظرية الاستحالة، كما سنتطرق لأهم الآثار التي تترتب عليها.

الفرع الأول

شروط تطبيق نظرية الاستحالة

إن الفصل في مسألة استحالة تنفيذ العقد من عدمه هي مسألة تقديريه موكل أمرها للقضاء، والسبب في ذلك هو عدم وجود أحكام تشريعيه تفصيلية تحدد الشروط التي ينفسخ بها العقد، بالإضافة إلى عدم وجود تعريف محدد للاستحالة.

فليس من السهولة بمكان تحديد ما إذا كان العقد سيحكم عليه بالاستحالة من عدمه، فهي مسألة يرجع تقديرها لقاضي الموضوع وفقاً لظروف كل عقد وما

صاحبه من متغيرات أثرت في تنفيذه، إلا أننا سنتناول هذه الشروط وفقاً لاتجاه المحاكم في تطبيقها لهذه النظرية.

الشرط الأول :- أن يقع الحدث بعد إبرام العقد[1]

يعتبر هذا الشرط من الشروط البديهية الجوهرية التي تتطلبها جميع الأنظمة القانونية الوطنية والأجنبية على السواء لإعطاء أي أثر لمسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد حيث تشترط المحاكم الإنجليزية للحكم بانفساخ العقد أن يكون الحدث الذي أدى إلى إحداث صعوبة أو استحالة في التنفيذ قد وقع بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه أو خلال التنفيذ إذا كان من العقود المستمرة أما إذا كان الحدث قد وقع قبل إبرام العقد ما نهض سبباً لتعديل آثاره لأن المتعاقد يكون قد ارتضى العقد على اعتبار وجوده كما يكون مسئولا عن كافة التزاماته التي ابرمها لأنه كان من الممكن أن يضع هذه الظروف في الاعتبار عند إبرام عقده أما إذا كان الحدث موجوداً وقت إبرام العقد وكان المتعاقدين لا يعلمان بوجوده فقد ذهب النظام الأنجلو أمريكي إلى تطبيق نظرية أخرى تختلف عن نظرية الاستحالة وهى نظرية الغلط المشترك.

---

1 -**Ewan mckendrick** ... Op. cit., Page No 235 **SMITH AND THOMAS**.Op.Cit.,p.561 **SCHMITTHOFF(C.):** Frustration..Op.Cit.,p.138

الشرط الثاني :- نشوء الحدث خارجاً عن إرادة المتعاقدين[1]

نظرية الاستحالة لا يمكن أن تطبق إلا إذا كان الحدث الذي أدى إلى استحالة العقد مستقلاً عن إرادة كل من الطرفين أما إذا كان الحدث الذي أدى إلى اختلال في ميزان العقد لدى الأطراف منسوباً لفعل أحدهم أو ساهم في وقوع ذلك الحدث فإن القضاء يمتنع عن تطبيق نظرية الاستحالة بالإضافة إلى أن عبء إثبات الخطأ فإنه يقع على جانب من يدعي بوجود الخطأ وهذا ما ذهب إليه مجلس اللوردات.

وفي هذا الصدد قال اللور **Simnor** :- "لا يجوز الاحتجاج بانفساخ العقد إذا كانت الاستحاله من خلق أحد الأطراف" ، وقد أثيرت هذه المسألة في قضية الشركة الوطنية لصيد اسماك البحار المحدودة ضد شركة تداولات المحيط:-

وتتلخص وقائع هذه القضية[2] في أن الشركة الأولى استأجرت سفينة الترولیه والتي لم تكن صالحه لصيد الأسماك ما لم تزود بشبكة صيد وقد كان أطراف العقد على علم بأنه مما يشكل جريمة أن تستخدم شبكة الصيد بدون ترخيص من وزارة صيد الأسماك .

تقدمت الشركة المستأجرة والتي كانت تملك أربعة سفن صيد بطلبات للحصول على خمسة رخص لكنها لم تمنح غير ثلاثة وعند تخصيص أسماء السفن المراد استخدامها فيها استبعدت الشركة المستأجرة سفينة الترولـه التي تم استئجارها

---

1 -**Ewan Mackndric** ...Op.cit., Page No 236 .

2 شيشرون: احكام العقد مرجع سابق ص 724

دفعت الشركة بأنها غير مسئوله عن دفع الأجرة المستحقة بموجب مشارطه الإيجار إذ أن التنفيذ قد استحال بسبب رفض الوزارة إعطاء جميع الرخص المطلوبة.

رفض المجلس الخاص ((The Privy Council)) انفساخ العقد أو إعفاء المستأجر من تنفيذ التزامه بسداد الأجرة ، صحيح أن المستأجر لم يكن ملزمًا بموجب العقد القيام بالترخيص To Licence إلا أنه لم يكن هناك مبرر لعدم دفع الأجرة استناداً إلى عدم الحصول على الترخيص.

الشرط الثالث :- يجب أن يكون الحدث غير متوقع[1]

إن كل عقد يحمل في طياته بعض المخاطر، وكل متعاقد يجب أن يكون حذراً يقدر هذه المخاطر ويزنها عند إبرام العقد، فإذا قصر في ذلك فعليه وزر تقصيره إلا أن بعض الأحكام في النظام القانوني الإنجليزي ذهبت إلى اعتبار هذا الشرط عاملاً مهماً للحكم بتطبيق نظرية الاستحاله، في حين اختلفت أحكام أخرى في هذا الجانب فبالنسبة للأحكام التي ذهبت إلى اعتباره شرطاً رئيسياً فإنها امتنعت عن الحكم باستحالة تنفيذ العقد إذا ما ثبت وفقاً لظروف الدعوى إمكانية توقع وقوع الحدث، لذلك فإنه طالما كان من الممكن توقع أمكانية وقوع الحدث فإنه يجب على الأطراف أن يوردوا بنداً احترازياً يمكنهم من مواجهة هذا الحدث دون إحداث أي خلل في العقد المبرم[2].

---

1 **Ewan Mackndric** ... Op.Cit., Pag No 237.

2 . لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك نرمين محمد محمود صبح ص368 وما بعدها.

أما بالنسبة للأحكام التي لا تعتبره عاملاً مهماً فإنها تنظر إلى أن إمكانية توقع وقوع الحدث مجرد عامل من ضمن العوامل التي يجب إدخالها في الاعتبار عند الحكم بأن هناك اختلافاً جوهرياً في التنفيذ.

ونشير هنا أن الفقه الإنجليزي قد انقسم بدوره إلى قسمين في تطلب صفة عدم التوقع ، لتطبيق نظرية الاستحالة ، فالقسم الذي يتطلب هذه الصفة يعرف الاستحالة بأنها " الحالة التي تتسبب في جعل أحد الأطراف أو كليهما غير قادر على الوفاء بالالتزامات المنصوص عليها في عقد ما وتنشأ من أي عارض غير متوقع أو مجهول " .

أما القسم الآخر من الفقه الإنجليزي فإنه يرى بأن عدم التوقع لا يعد شرطاً من ضمن شروط تطبيق نظرية الاستحالة ، ويستند هذا الرأي في تبريره لموقفه في أن أساس هذه النظرية لا يتمثل في إنقاذ المدين الذي يواجه ظروفاً معينه ، قد تؤدي إلى استحالة مطلقة تمنعه من تنفيذ التزامه ، أو اختلال بين التزامه والتزام الطرف الآخر ، بحيث يتطلب في هذه الظروف صفة عدم التوقع ولكنه يتمثل في هدم للعقد الذي اختلفت عناصره ، بحيث يصبح الأطراف أمام عقد آخر ، بخلاف العقد الذي ارتبطوا به فسواءً كانت الظروف التي أدت إلى هذه النتيجة متوقعه أو غير متوقعه فإن العقد ينفسخ تطبيقاً لهذه النظرية .

الشرط الرابع:- أن يولد الحدث تغيراً جوهرياً في الوضع الأصلي

لتطبيق نظرية الاستحالة لابد وأن يكون التغير في الظروف أدى إلى تغير في طبيعة الالتزام فهذه الظروف قد أثرت وبشكل مباشر على الوضع الأصلي للالتزام[1] فأحدثت فيه تغيراً جذرياً **(Radical)** أو جوهرياً **(Fundamental)**. ويجب أن تكون الظروف الجديدة قد أثرت في العقد بحيث أدت إلى نشوء التزام آخر غير الالتزام الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقد. فعلى المحكمة قبل الحكم باستحالة تنفيذ العقد أن تقارن بين الالتزام العقدي السابق لتغير الظروف وبين الالتزام الجديد المنبثق في ظل الظروف الجديدة، فإذا كان هذا التغير قد أثر في صميم الالتزام فأحدث تغيراً جوهرياً فإننا نكون بصدد تطبيق نظرية الاستحالة، أما إذا كانت هذه الظروف قد أدت إلى إحداث تغيرات طفيفة فلا مجال لتطبيق نظرية الاستحاله.

الفرع الثاني

آثار تطبيق نظرية الاستحالة

عند توافر شروط الاستحالة السالف ذكرها ينفسخ العقد ويرتب آثاره القانونية المزمع دراستها وأول ما يتعين التحقق منه هو الوقت الذي يعتبر فيه العقد مفسوخاً هل هي الفترة السابقة على حدوث الواقعة التي أدت إلى انفساخ العقد أي عند لحظه إبرامه؟ أم الفترة اللاحقة على حدوث الواقعة:-

---

1 **LAURENCE KOFFMAN**..Op.Cit.,p.341

أولاً:- آثار تطبيق نظرية الاستحاله في الشريعة العامة

القاعدة المقررة في الشريعة العامة هي أن وقوع الحادث المفاجئ "يجعل العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فوراً ودون حاجة إلى أي إجراء آخر[1]" وبناءً على ذلك فإن العقد ينفسخ تلقائيا بمجرد حدوث واقعه الاستحاله وفقاً للشروط التي تم ذكرها ودون الحاجة إلى علم أطراف العقد أو إلى حكم قضائي حيث ينفسخ في الفترة اللاحقة على حدوث الاستحاله أما الفترة السابقة على حدوث واقعه الاستحاله فإن العقد يظل صحيحاً ومرتباً لكافة آثاره والتزاماته كما أن فسخ العقد لا يمتد بأثر رجعي إلى الفترة السابقة على حدوث الاستحالة، فكل ما يحدث هو توقف العقد وعدم قدرته على توليد التزامات مستقبليه.

وفى ذلك قال اللورد رأيت " في رأي يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بالنسبة للمستقبل لأنه يصبح مستحيل التنفيذ فعلاً في الظروف التي لا تنطوي على مسؤولية بدفع التعويض عن عدم الوفاء من جانب كل من الطرفين"[2] .

فالقاعدة المتبعة من قبل القضاء الانجليزي حتى عام 1943 يمكن إيجازها فيما يلي " يجب على كل طرف في العقد أن يقوم بالوفاء بالتزاماته التعاقدية متى استحق الوفاء بها قبل وقوع الحادث المفاجئ ولكنه يعفى من الالتزامات التي تستحق الوفاء فيما بعد" .

---

1 **LAURENCE KOFFMAN**..Op.Cit.,p.346
2 -**Ewan Mackndric** ...Op.cit., Page No 240 .

والنتيجة القضائية التي تترتب على الأخذ بمبدأ الشريعة العامة في تحديد آثار انفساخ العقد قد تتسم بالقسوة والإجحاف في حق أحد الأطراف على الرغم من منطقيه هذه الفكرة في إعفاء الطرفين من تنفيذ التزاماتهما .[1]

وقد جاءت الشريعة العامة بعبارة فحواها " **The Loss Lies Where It Falls** " ومعناها أن الخسارة الناشئة من إنهاء العقد يجب أن تقع حيث تكون فإذا تبين أن أحد أطراف العقد قد قام بتنفيذ جزءاً من العقد قبل استحالة تنفيذه فلن يكون له المطالبة باسترداد قيمة النفقات التي تكبدها وما قام بتنفيذه وحتى لو تبين أن الطرف الآخر قد تلقى فائدة على حسابه ففي قضية **Chandler.V.Webster** حيث اتفق **Chandler** على أن يؤجر غرفة في مبنى بول مول بغرض مشاهدة حفل التتويج وقد كانت الأجرة المتفق عليها تقدر بمبلغ 141 جنيهاً 15 شلناً تدفع فوراً حيث قام المدعو **Webster** بدفع 100 جنيه وبقي في ذمته باقي الأجرة وذلك حتى انفساخ العقد في 24 يونيو نتيجة إلغاء حفل التتويج بسبب مرض الملك في ذلك التاريخ وقد ذهب القضاء إلى أنه ليس للمدعو **Webster** الحق في استرداد مبلغ المائة جنيه فحسب بل سيظل مسئولا أيضاً عن الوفاء بباقي المبلغ وقدره 141جنيهاً و15شلناً ويرى القضاء أن الحكم يقوم على سند كاف من المنطق ذلك أن الالتزام بدفع 141 جنيهاً و15 شلناً كان مستحق الوفاء قبل وقوع الحادث المفاجئ.

وانفساخ العقد لا يؤثر على الالتزامات السابقة عليه ولا يؤدي إلى استعاده ما تم دفعه قبل حدوث الواقعة التي أدت إلى انفساخ العقد، فكل ما يحدث هو إعفاء

---

1 شيشرون: احكام العقد مرجع سابق ص 739

المتعاقدين من تنفيذ ما تبقى من التزامات أما إذا تم الاتفاق بين المؤجر والمستأجر على سداد المبلغ بعد مرور الموكب فإن المستأجر سيعفى في هذه الحالة من سداد المبلغ، ومهما يكن من أمر فقد دفع محامي المدعي بأن المدعي كان يحق له أن لا يتقيد بالعقد وأن يطالب بناءً على دعوى الإثراء بلا سبب باسترداد المائة جنيه المدفوعة من جانبه على أساس سقوط المقابل كلياً ولما رفعت الدعوى إلى محكمه الاستئناف قضى بأنه " لما كان مبدأ الاستحاله لا يؤدي إلى إبطال العقد ابتدأ لكنه يؤدي إلى انقضائه أو فسخه من وقت وقوع الحادث المفاجئ فإنه من غير المقبول أن يتنبأ بالسقوط الكلي للمقابل ومن ثم فإنه لا مجال لانطباق أحكام الإثراء بلا سبب على ظروف الدعوى"[1] .

لم يطق مجلس اللوردات ذرعا بالنتيجة المجحفة التي وصل إليها القضاء في قضية **Chandler.V.Webster** في تحديد آثار انفساخ العقد حتى خفف من هذا الموقف المتشدد في قراره الصادر في قضية **Fibrosa Spolka.V.Fairbain** والتي تتلخص وقائعها في أن شركة بريطانية قامت بالتعاقد مع شركة بولنديه على أن تقوم بتصنيع وتوصيل أدوات التلميع مقابل 4800 جنيهاً حيث تم الاتفاق على أن يتم دفع مبلغ 1600جنيهاً كمقدم للتعاقد إلا أن ما تم دفعه هو 1000 جنيهاً حتى غزت ألمانيا بولندا في الأول من سبتمبر 1939 وسقطت بولندا في يد الاحتلال الألماني ونتيجة طبيعة لتلك الأحداث فإن العقد قد استحال تنفيذه وبالتالي انفسخ نتيجة لظرف الحرب ، وبناء على ذلك فقد طالبت الشركة البولندية بالمقدم المدفوع بسبب انفساخ العقد في حين رفضت

---

1 المرجع السابق

الشركة الإنجليزية هذه الدعوى بحجة أنها قد أنجزت جزءا كبيرا من العمل المتفق عليه .

وفقاً للمبدأ المتبع في الشريعة العامة فإن المتعاقد لن يستطيع استرداد المقدم المدفوع كما إنه سيكون مسئولا عن ال600 جنيه المتبقية قبل حدوث الواقعة التي أدت إلى استحالة التنفيذ إلا أن مجلس اللوردات جاء بحكم مغاير وهو أن " ما تم دفعه قبل استحالة تنفيذ العقد من الممكن للمتعاقد استرداده طالما أن المتعاقد لم يستلم أي مقابل أو منفعة" وهذا ما ذهب إليه اللورد (**Simon**) ، وبناء على ذلك فإن الشركة الإنجليزية لو قامت بتوصيل جزءا من الآلات المتفق عليها للمدعي لما كان بإمكانه المطالبة بالمقدم المدفوع .

يتضح لنا بأن مجلس اللوردات في قراره السابق قد حاول سد أوجه القصور في تحديد آثار انفساخ العقد المتبعة في قضية **Chandler.V.Webster** وذلك عن طريق إمكانية استرداد المبلغ المدفوع في حالة انتفاء المقابل نهائياً، إلا أنه قد أغفل أن المتعاقد الآخر لن يجد أي تعويض مقابل النفقات التي تكبدها في سبيل تنفيذ التزامه والذي قد يكون قد نفذ جزءا منه.

فالقرار الذي جاء في قضية **Fibrosa** لا يعتبر حلا كاملا في تحديد آثار تطبيق النظرية صحيح أنه يمكن أحد الأطراف من استعادة المبلغ المدفوع إلا أنه لا يحقق النفقات الإضافية التي تكبدها الطرف الآخر فالشركة الإنجليزية وإن كانت لم تقم بتوصيل الطلبات قبل استحالة تنفيذ العقد إلا أنها لم تتسلم أي مبلغ مقابل النفقات التي تكبدتها والعمل الذي أنجزته.

ثانيا:- معالجة أثر الاستحالة في التشريع الإنجليزي

رأت لجنة إصلاح القوانين في بريطانيا(The law reform committe) بضرورة الوقوف على أوجه القصور في تحديد آثار تطبيق نظرية الإستحاله ومعالجة هذه العيوب وذلك للحيلولة دون الإجحاف بحق أحد الأطراف وإثراء الآخر على حسابه فقامت بإصدار قانون الإصلاح الجديد لسنة 1943(The law reform frustarated) للقيام بهذا الغرض[1].
ويطبق هذا القانون الجديد في كل إقليم المملكة المتحدة ويكون غير قابل للتطبيق خارج إقليمها.

كما أنه يكون غير قابل للتطبيق في محاكم انجلترا ومحاكم ويلز واسكتلندا وايرلندا الشمالية، إلا إذا كانت هذه المحاكم تقضي في عقد يحكمه القانون الإنجليزي فإذا كان النزاع المعروض يحكمه القانون الاسكتلندي فإن نصوص القانون لا تطبق على النزاع في هذه الحالة.

كما تستبعد بعض العقود من تطبيق نصوص قانون الإصلاح الجديد للعقود التي استحالة تنفيذها فلا تطبق على عقود شحن البضائع عن طريق البحر(carriage of goods by sea) وعقود التأمين (Insurance) وكذلك عقود النقل البحري(charter-party).

---

1 **SCHMITTHOFF (C.):** Op.cit.,p.120 , **PUELINCKX(A.H.):** Op.cit.,p.52, **RAPSOMANIKIS(M.J.):** Op.cit.,p.557,571
وانظر أيضا حسبو الفزاري مرجع سابق ص171وأشارت إليها أيضا نرمين محمد محمود صبحي مرجع سابق ص379

وقد أعطى هذا القانون الجديد للمحكمة سلطة الحكم باسترداد المبالغ المدفوعة(prepaid) قبل تطبيق نظرية الاستحالة، حتى لو لم ينتفي المقابل انتفاء تاما-على النقيض من قضية Fibrosa- الذي حكم باسترداد المقدم بسبب عدم وجود المقابل-كما أنه أعطى للقاضي الحرية في توزيع النفقات التي تحملها الأطراف والناتجة من تنفيذ العقد(incurred in contemplation of the performance).

أي أن المحكمة لابد لها أن تحكم بما هو عادل ومعقول في ضبط الالتزامات والحقوق عند تطبيق نظرية الاستحالة، مع الأخذ بعين الاعتبار هذه الظروف التي أدت بالعقد إلى استحالة التنفيذ .

ومن المبادئ التي نص عليها قانون الإصلاح التشريعي لسنة 1943 مايلي[1] :-

1-" كل المبالغ التي تكون قد دفعت، وكذلك المبالغ التي تكون مستحقة الدفع ، بموجب أحكام العقد،لأي طرف متعاقد وقبل الوقت الذي يكون قد أعفي فيه الطرفان المتعاقدان بسبب الاستحالة يجب استردادها منه، إذا كانت قد دفعت بالفعل كما يجب أن لا تدفع إذا كانت مستحقة الدفع"

2-" إذا كان المتعاقد الذي دفع إليه المبلغ أو استحق دفعه إليه قد تحمل قبل حلول موعد الاستحالة بنفقات لغرض أو في سبيل تنفيذ العقد جاز

---

1 مشار اليها في حسبو الفزاري مرجع سابق ص171

للمحكمة إذا رأت ذلك عادلا وبعد تقديرها لجميع المبالغ المدفوعة أو الواجبة الدفع على أن لا تتجاوز قيمة هذه المبالغ ما تحمل به المتعاقد من نفقات" .

3-" إذا حصل أي متعاقد على منفعة خلافا للنقود بسبب ما يكون قد أداه للمتعاقد الآخر من عمل، لغرض أو في سبيل تنفيذ العقد وقبل حلول موعد الانفساخ، وجب على المحكمة إذا رأت ذلك عادلا وبعد تقديرها لجميع الظروف المحيطة بالقضية أن تسترد من هذا المتعاقد مبلغا نظير ما يكون قد حصل عليه من المنفعة، على أن لا يتجاوز هذا المبلغ قيمة هذه المنفعة" .

4-" لإجراء تقدير لأية نفقات يكون قد تحملها أي متعاقد تطبيقا لأحكام هذه المادة يجوز للمحكمة مع عدم الإخلال بعمومية هذه الأحكام أن تضيف إلى هذه ما تراه معقولا من المصروفات العامة التي يكون قد تحملها هذا المتعاقد شخصيا للقيام بأي عمل أو لتقديم أية خدمات"

الفصل الثاني
موقف القانون الإماراتي من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد

القاعدة المطبقة في دولة الإمارات العربية المتحدة فيما يتعلق بالعقود أن العقد شريعة المتعاقدين ، والفقرة الأولى من المادة 246 من قانون المعاملات المدنية قد أشارت إلى هذه القاعدة عندما نصت على أنه **"يجب تنفيذ العقد طبقاً لما أشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية** " فإذا أبرم العقد صحيحاً نافذاً لازماً ، فلا يجوز لأي طرف من أطرافه أن يستقل بنقض العقد أو تعديله بإرادته المنفردة دون الرجوع إلى الطرف الآخر ، ومعنى كون العقد صحيحاً أن تتوافر فيه أركانه وشروط انعقاده ، ومعنى كونه نافذاً ، أي غير موقوف على الإجازة ، ومعنى كونه لازماً ، أي لا يجوز لأي طرف من أطرافه أن يستقل بفسخه[1] .

وهذه القاعدة كما أنها تخاطب المتعاقدين فلا يجوز لأي طرف من أطراف العقد أن يستقل بنقضه أو تعديله ، فهي كذلك تخاطب القاضي فلا يجوز له نقض العقد أو تعديله بدعوى رفع الظلم عن أحد المتعاقدين ، لأن هذه ليست وظيفة القاضي ، وإنما وظيفته أن يحكم وفقا لنطاق العقد الذي اتفق الأطراف عليه[2] .

---

1 عبد الخالق حسن أحمد الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة الجزء الأول مصادر الالتزام ، الطبعة الثالثة ، كلية شرطة دبي ص200 وما بعدها .

[2] المرجع السابق.

واستثناء مما سبق يجوز نقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين أو لسبب يقرره القانون ، فللمتعاقدين ، اللذين أبرما العقد يحق لهما أن يتفقا على نقض العقد أو تعديله ، قد يكون هذا في اتفاق لا حق لإبرام العقد ، ويسمى الاتفاق اللاحق بعقد الإقالة كما قد يشترط في العقد على إعطاء حق نقض العقد لأحدهما ، فيحق لهذا المتعاقد نقض العقد ، فيحق لهذا المتعاقد نقض العقد ، كما في التعاقد بالعربون إذا اتفق في العقد على أن العربون ثمن للعدول " المادة 148/ 2 من قانون المعاملات المدنية".

كما أن هناك حالات استثنائية يخول القانون القاضي الحق في تعديل العقد ، كما في نص المادة 248 من قانون المعاملات المدنية التي تعطي الحق للقاضي في أن يعدل في عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن وذلك بالتعديل في شروط العقد التعسفية ، أو إعفاء الطرف المذعن من هذه الشروط ، والقاضي عندما يقوم بالتعديل في شروط عقد الإذعان لمصلحة الطرف المذعن ، أو يقوم بإلغاء هذه الشروط التعسفية يعد هذا الأمر من النظام العام ، لأن أي اتفاق على حرمان القاضي من هذا الحق يعتبر باطلاً. وقد نظمت هذا الأمر المادة 248 من قانون المعاملات المدنية فهي تنص على أنه " **إذا تم العقد بطريقة الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جار للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفى الطرف المذعن منها وفقا لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك**"[1].

[1] مشار إليه في عبدالخالق حسن أحمد ، المرجع السابق.

ويحق للقاضي وفقا لنص المادة 249 من قانون المعاملات المدنية أن يرد الالتزام المرهق للمدين إلى الحد المعقول في حالة الظروف الطارئة ، وسنبين نظرية الحوادث الطارئة لأهميتها في التعامل بالتفصيل .

ومن الأحكام التي تؤكد تمسك القضاء الإماراتي بمبدأ العقد شريعة المتعاقدين الطعن 214 لسنة 14 القضائية بتاريخ 17 نوفمبر 1992 حيث أن الطاعن قد أقام دعواه أمام المحكمة الابتدائية مختصماً المطعون ضدها وهي شركة تأمين وذلك للمطالبة بدية ولده الذي توفي بحادث سيارة كانت مؤمنة لدى المطعون ضدها ، وذلك نتيجة لانفجار إطارها الخلفي الأيمن ، وقضت محكمة الدرجة الأولى للطاعن بمبلغ 70000 درهم ، فاستأنفت المطعون ضدها وانتهت محكمة الاستئناف إلى الحكم المطعون فيه .

وإذ لم يقبل الطاعن بهذا الأمر فقد طعن عليه لدى المحكمة الاتحادية العليا .

وحيث إن الطاعن ينعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون ، وذلك فيما انتهى إليه من أن الأضرار التي تلحق بالمؤمن له أو قائد السيارة لا تغطيها وثيقة التأمين طالما لم يثبت ذلك لملحق إضافي يلحق بالوظيفة .

وفي ذلك جاء الحكم **"... بأن العقد شريعة المتعاقدين ما لم يخالف نصاً قانونياً أو نظاماً عاماً ، وحيث أن فيصل النزاع لا يتعلق بشروط العقد وإنما ينصب على تحديد نطاق التامين، وإذ جاء البند الأول من وثيقة التامين على عدم سريان وثيقة التامين على الحوادث التي تلحق المؤمن له وأفراد عائلته وقائد السيارة وقت الحادث ومن ثم فإن الحكم يكون صحيحاً فيما انتهى إليه في قضائه من رفض الدعوة ويكون الطعن على غير أساس متعين الرفض"** .

المبحث الأول
نظرية الحوادث الطارئة

تنص المادة 249 من قانون المعاملات المدنية على أنه " **إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها ، وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعا للظروف ، وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، إن اقتضت العدالة ذلك ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** " .

تفترض نظرية الحوادث الطارئة أن عقدا ما قد عقد في ظروف اقتصادية معينة، كان يرتكز عليها العقد وقت إبرامه ، فإذ بهذه الظروف الاقتصادية تتغير تغيراً لم يكن في الحسبان وقت التعاقد ، فيصبح تنفيذ العقد نتيجة هذه الظروف ليس مستحيلاً، وإنما أصبح مرهقا للمدين الأمر الذي يهدده بخسارة فادحة ، الأمر الذي يجيز للقاضي أن يتدخل ويعدل في شروط العقد ، خروجاً على القواعد العامة ، بما يسمح بتوزيع أثر الحادث الطارئ على عاتق كل من المتعاقدين[1] ، مثال ذلك أن يلتزم شخص بتوريد سلعة معينة ، فإذا بالظروف الاقتصادية قد تغيرت تغيراً كبيراً نتيجة حادث طارئ لم يكن في الحسبان توقعه وقت إبرام العقد كحرب مفاجئة ، ونتيجة لهذا الحادث الطارئ ارتفع ثمن هذه السلعة عشرة أضعاف ثمنها عن الثمن الذي كان مقداراً لها وقت التعاقد ، فيصبح المدين مهدداً

---

1 المرجع السابق

بخسارة فادحة تخرج عن الحد المألوف في التعامل ، في هذه الحالة يجوز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق للمدين إلى الحد المعقول[1] .

ونظرية الحوادث الطارئة تعمل على معالجة اختلال التعادل بين المتعاقدين نتيجة قيام الحادث الطارئ وقت تنفيذ العقد[2] .

المطلب الأول
شروط تطبيق النظرية

يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ثلاثة أنواع من الشروط شروط تتعلق بالعقود التي تنطبق عليها النظرية ، وشروط تتعلق بالحادث الطارئ بالإضافة إلى الشروط التي تتعلق بأثر الحادث الطارئ على المدين من الناحية المالية .

الفرع الأول
العقود التي تنطبق عليها النظرية

لم يحدد قانون المعاملات المدنية في المادة 249 طبيعية العقود التي تنطبق عليها النظرية ، فهي تطبق على أي عقد يقع الحادث الطارئ بعد إبرامه وقبل تمام تنفيذه ، فإذا كان الحادث الطارئ قد حدث قبل إبرام العقد ، فلا تطبق نظرية

---

[1] المرجع السابق.

2 ونظرية الحوادث الطارئة توجد توازنا بين تنفيذ الالتزام تنفيذا عينيا وتنفيذ الالتزام بطريق التعويض ، ففي التنفيذ بطريق التعويض يلتزم المدين بتعويض الضرر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد . ونظرية الحوادث الطارئة إذا ما توافرت شروطها فإن المتعاقد يلتزم بتنفيذ التزامه تنفيذا عينيا بالقدر الذي كان يمكن توقعه عادة وقت التعاقد ، وفي هذا تقول المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي للقانون المدني المصري " ويلاحظ من ناحية أخرى أن نظرية الطوارئ غير المتوقعة تقيم ضربا من ضروب التوازن بين تنفيذ الالتزام التعاقدي تنفيذا عينيا وتنفيذه عن طريق التعويض " مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 2 ص282 ، د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ج1 ص632.

الظروف الطارئة لأن من خصائص الحادث الطارئ الذي يعتبد به ألا يكون متوقعاً وقت التعاقد ، وإذا وقع الحادث الطارئ بعد أن قام المدين بتنفيذ التزامه المتولد عن العقد ، فلا تطبق نظرية الحوادث الطارئة ، لأن الالتزام يكون قد انقضى بتنفيذه وبالتالي لا مجال لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة .

فهذه النظرية تطبق على العقود التي توجد فيها فترة زمنية بين انعقاد العقد وتنفيذه ، فهذه النظرية تطبق على عقود المدة ، كعقد الإيجار أو عقد التوريد ، كما تطبق على العقود الفورية مؤجلة التنفيذ إذا وقع الحادث الطارئ بعد إبرام العقد وقبل تمام التنفيذ. ويشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخي المدين في تنفيذ التزامه إلى ما بعد وقوع الحادث الطارئ راجعا إلى خطأ منه ، لأنه لا يحق للمدين أن يستفيد على حساب دائنة من خطأ ارتكبه هو تجاه دائنة[1].

الفرع الثاني
المقصود بالحادث الطارئ

تشترط المادة 249 في الحادث الطارئ أن يكون حادثاً استثنائياً، يندر وقوعه ، لأنه يخالف المجرى العادي للأمور ، ولم يأت قانون المعاملات المدنية بأمثلة للحادث الطارئ تاركا ذلك الأمر للقضاء والفقه ، ومثال الحادث الطارئ ، الحرب أو الزلزال أو الوباء أو جراد يزحف أسراباً ، أما إذا كان الحادث غير استثنائي فهو لا يعتبر حادثاً مفاجئاً كالفيضان الهادئ [2].

---

[1] د. عبد الفتاح عبد الباقي نظرية العقد والإرادة المنفردة ص550

[2] عبدالخالق حسن أحمد ، المرجع السابق.

ويشترط في الحادث الطارئ أن يكون عاما ، أي يجب أن يكون الحادث شاملاً لطائفة من الناس ، كانتشار وباء أو غارة غير منتظرة للجراد أو حرب أو زلزال، أما إذا كان الحادث خاصاً بالمدين فلا تنطبق النظرية ، كإفلاس المدين أو مرضه أو حرق بضاعته .

كما يشترط ألا يكون في وسع المدين توقع الحادث الاستثنائي وقت إبرام العقد ، والمعيار هنا هو معيار الرجل العادي ، ويكون الحادث غير متوقع بالنسبة للمدين وقت التعاقد ، إذا كان الحادث في غير مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصوله لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد فالمعيار هنا موضوعي أساسه الشخص المعتاد، أما إذا كان الشخص المعتاد لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد كان سيتوقع وقوع الحادث ، فإن النظرية لا تنطبق بغض النظر عن موقف المدين ما إذا كان يتوقع الحادث أو لا يتوقعه ، فلو أبرم شخص عقداً وكانت الظروف العالمية تنذر بوقوع حرب عالمية ، فإن الحادث هنا هو الحرب أمر متوقع وقت التعاقد ، فلا تنطبق النظرية .

وكما يشترط في الحادث الطارئ ألا يكون في وسع المدين دفعه ، فلو كان في وسع المدين دفع الحادث الطارئ أو تجنبه ببذل جهد معقول ، فلا تنطبق نظرية الظروف الطارئة، لأن المدين ملزم بتفادي الحوادث التي تحول بينه وبين الوفاء بالتزاماته ، فإذا كان الحادث الطارئ يمكن للمدين دفعه أو تجنبه ولم يفعل يكون مقصراً ، ولا يتحمل دائنة نتيجة تقصيره ، فلو أن فيضاناً عالياً بدرجة غير عادية

ولكن كان في وسع المدين أن يتقي نتائجه ببذل جهد معقول ، لكنه لم يفعل ، فلا يحق للمدين أن يطالب بتطبيق نظرية الظروف الطارئة[1] .

وكون الحادث متوقعاً أم غير متوقع ، يمكن دفعه أم لا يمكن دفعه ، تعد من مسائل الواقع التي لا تخضع محكمة الموضوع في تقديرها لمحكمة النقض ((التمييز)) ، طالما كانت محكمة الموضوع تبني حكمها على أسباب معقول .

ويلاحظ أن اشتراط كون الحادث الطارئ غير متوقع الحصول وقت التعاقد يغني عن اشتراط كون الحادث الطارئ حادثا استثنائياً لأن الحادث غير المتوقع الحصول لابد وأن يكون حادثاً استثنائياً ، أما الحادث الاستثنائي فقد يكون متوقعاً كحرب تنذر الظروف العالمية بوقوعها ، كما قد يكون الحادث الاستثنائي غير متوقع الحدوث .

الفرع الثالث
شرط الإرهاق في الحادث الطارئ

يشترط أن يؤثر الحادث الطارئ على المدين من الناحية المالية فيصبح تنفيذ الالتزام مرهقا له بحيث يهدده بخسارة فادحة ، وهذا ما بينته المادة 249 من قانون المعاملات المدنية حيث تنص على أنه : **"... وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقا للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة "** .

---

1 د. عبد المنعم البدراوي النظرية العامة للالتزامات ، ف316 ،ص408، د. عبد المنعم فرج الصده . مصادر الالتزام ،ف294 ، ص237 . عبد الخالق حسن مرجع سابق ص206

ويجب أن نفرق بين الحادث الطارئ والقوة القاهرة ، فكل منهما لا يمكن توقعه وقت العقد ، ولا يمكن دفعه ، إلا أنهما يختلفان من حيث الأثر ، فأثر الحادث الطارئ أن يجعل تنفيذ المدين لالتزامه مرهقا فيجوز للقاضي أن يرده إلى الحد المعقول ، أما أثر القوة القاهرة فإنها تجعل تنفيذ المدين لالتزامه مستحيلاً وبالتالي ينقضي الالتزام .

والإرهاق الذي يقع على المدين نتيجة الحادث الطارئ ، يقدر وفقا لمعيار موضوعي، فلا ينظر إلى ظروف المدين الخاصة ، وإنما ينظر إلى ظروف المدين العادي ، فإذا كانت الصفقة التي أبرم العقد بشأنها أصبحت تهدد المدين بخسارة فادحة تجاوز المألوف في التعامل نتيجة الحادث الطارئ ، فتنطبق نظرية الحادث الطارئ بغض النظر عن ثروة المدين وعن أي ظرف آخر من شأنه أن يساعد المدين على تحمل الخسارة الفادحة ، فلا ينظر إلى كون المدين واسع الثراء ، بل لو كان المدين هي الحكومة نفسها التي لن تؤثر تلك الخسارة الفادحة في ميزانيتها الضخمة ، فإنها يمكن أن تستفيد من تطبيق نظرية الحوادث الطارئة إذا كانت الصفقة التي أبرمتها الحكومة تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة في ذاتها [1].

---

1 عبد الرزاق السنهوري الوسيط ج1 ص645

المطلب الثاني
النتيجة المترتبة على الحادث الطارئ

سنتناول في هذا المطلب مدى سلطة القاضي في دولة الإمارات في تعديل العقد إذا تعرض لحادث طارئ بعد إبرام العقد كما سنتناول الحالات التي يتم فيها تعديل العقد بموجب نص قانوني خاص .

الفرع الأول
سلطة القاضي في تعديل العقد

إذا توافرتْ شروط الحادث الطارئ ، جاز للقاضي أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وهذا ما وضحته المادة 249 من قانون المعاملات المدنية حيث تنص على ما يلي : **"... جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ..."**[1] أي يجوز للقاضي متى توافرت شروط الحادث الطارئ أن يتدخل ويعدل في شروط العقد لمصلحة المدين خلافا للقواعد العامة التي تقتضي بان مهمة القاضي هي تفسير العقد لا

---

1 وتختلف النتيجة المترتبة على الحادث الطارئ بين القانون المدني الإماراتي والمصري حيث أن نص المادة 249 من قانون المعاملات المدنية يجعل تدخل القاضي إذا ما توافرت شروط نظرية الحوادث الطارئة . لرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، أمرا جوازيا ، أي أن للقاضي الإماراتي سلطة تقديرية في تطبيق الجزاء المترتب على الحادث الطارئ ، ولكن بالرجوع إلى مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري . فانه إذا توافرت شروط نظرية الحوادث الطارئة وطلب المدين من القاضي تطبيقها ، وجب على القاضي إعمال نظرية الحوادث الطارئة ، مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج2 ص284 مشار إليه في عبد الخالق حسن مرجع سابق ص207.

تعديله ، ولكن الذي سمح للقاضي بأن يتدخل ويعدل في شروط العقد لمصلحة المدين هو القانون .

وسلطة القاضي مطلقة في اختيار طريقة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، فقد يرى القاضي زيادة الالتزام المقابل للالتزام المرهق - وفي هذه الحالة يحق لمن يقع على عاتقه هذا الالتزام أن يطالب بفسخ العقد دون تعويض وفي هذه الحالة يكون الفسخ في صالح الطرف الآخر[1] - ، والقاضي لا يرفع كل خسارة من على عاتق المدين ويحملها للدائن وحده ، وإنما يجب على القاضي الحد من الخسارة الفادحة التي تلحق المدين نتيجة الحادث الطارئ ويصل بها الحد المعقول ، فالزيادة المألوفة في الأسعار يتحملها المدين وحده ، أما الزيادة غير المألوفة فتتقسم مناصفة بين المدين والدائن مثال ذلك أن يتعهد شخص بتوريد كمية من القمح الهندي لآخر بسعر ألف درهم للطن ، ثم بسبب وقوع حادث طارئ كحرب مثلا ارتفع سعر القمح إلى خمسة ألاف درهم للطن ، فإذا فرضنا أن الزيادة المألوفة في التعامل ألف درهم ، وجب أن يتحمل المورد (المدين) هذه الزيادة المألوفة وحده أما القدر الباقي بعد الزيادة المألوفة ومقداره ثلاثة آلاف درهم فيعد زيادة غير مألوفة فتقسم مناصفة بين المدين والدائن ، ويصبح ثمن القمح ثلاثة آلاف وخمسمائة درهم للطن ، والقاضي عندما يرفع سعر القمح من ألف درهم للطن إلى ثلاثة آلاف وخمسمائة درهم للطن لا يفرض على الطرف الآخر وهو المشتري أن يشتري بهذا السعر المعدل ، بل يكون للمشتري الخيار بين أن يشتري للسعر المعدل أو أن يطلب فسخ العقد ، فإن اختار المشتري فسخ العقد دون تعويض ، فلا يتصور أن يرفض المدين الفسخ ، لأن معنى فسخ العقد

---

1 سليمان مرقس الوجيز في شرح القانون المدني ،ج2 ص237

زوال كل الإرهاق من على عاتق المدين ، ولكن لا يجوز أن يحكم القاضي بالفسخ بناء على طلب المدين ، إلا أن وافق الدائن على ذلك[1] .

وقد يرى القاضي إنقاص الالتزام المرهق إلى المعقول ، إما في كمه بإنقاص مقدار ما يقدمه المدين ، وأما في كيفيته بأن يقدم المدين للدائن نفس الكمية المتفق عليها ، ولكن من صنف أقل جوده ، وقد يجمع القاضي بين الأمرين معا[2] .

ويلاحظ بالنسبة إلى العقود الملزمة لجانب واحد ، تكون وسيلة رفع الإرهاق إما بنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول أو تعديل طريقة تنفيذه ، ففي هذه العقود لا يتصور أن يكون رفع الإرهاق بزيادة الأداء المقابل لأنه ليس ثمة أداء مقابل[3] .

وقد يرى القاضي وقف تنفيذ العقد إلى حين زوال الحادث الطارئ والقاضي يلجأ إلى هذه الوسيلة متى استبان له أن الحادث الطارئ وشيك الزوال ، وبشرط أن يكون وقف التنفيذ لا يسبب ضرراً جسيماً للدائن .

ولكن هل يجوز للأطراف الاتفاق على استبعاد نظرية الحوادث الطارئة ؟

---

1 وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية في حكمها بتاريخ 1977/3/1 بأن " مفاد نص الفقرة الثانية من المادة 147 من القانون المدني أنه متى توافرت الشروط التي يتطلبها القانون في الحادث الطارئ ، فان للقاضي سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذي صار مرهقا الحد المعقول ، وهو حين يختار في حدود سلطة التقديرية الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذي يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التي ستصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التي كانت يمكن توقعها وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط مراعاة للموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين " مجموعة أحكام محكمة النقض س28 ص600 رقم 110.

2 د . إسماعيل غانم النظرية العامة للالتزام ج1 ص318

3 د. عبد الحي حجازي ج1 ص589

تجيب على ذلك نص المادة 249 "**... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك** " يتضح لنا مما سبق أن نص المادة 249 من قانون المعاملات المدنية هو نص آمر لا يجوز الاتفاق على خلافه ، حماية للطرف الضعيف في مواجهة للطرف القوي . ولكن بعد وقوع الحادث الطارئ ليس ثمة ما يمنع الدائن والمدين من الاتفاق على خلاف الجزاء المنصوص عليه في المادة 249 ، لأن هذا الاتفاق الذي يقع بعد وقوع الحادث الطارئ لا تشوبه شبهة الضغط على إرادة المدين ، بينما يرى البعض الآخر أن هذا الاتفاق الذي يتم بين المتعاقدين بعد وقوع الحادث الطارئ على استبعاد أثره يكون كذلك باطلا ، والرأي الأول هو الرأي الراجح في نظرنا، لأن الاتفاق المبرم بين الدائن والمدين بعد وقوع الحادث الطارئ يعتبر صلح قد تم بينهما وتنص المادة 722 من قانون المعاملات المدنية " أن الصلح عقد يرفع النزاع ويقطع الخصومة بين المتصالحين بالتراضي "[1] .

الفرع الثاني
تعديل شروط العقد بموجب نص قانوني خاص

ذكرنا آنفاً أن المبدأ السائد في النظام القانوني لدولة الإمارات العربية المتحدة فيما يتعلق بالعقود هو مسؤولية المتعاقد مسؤولية مطلقة عن الالتزامات التي ابرمها من تلقاء نفسه فالعقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون .

ففي عقد الإيجار مثلاً إذا كانت مدة الإيجار موقوتة بمدة معينة بناءً على اتفاق الأطراف فإن عقد الإيجار ينتهي بانتهاء المدة المتفق عليها دون حاجة إلى تنبيه

---

1 عبد الخالق حسن أحمد مرجع سابق ص210

المستأجر بالإخلاء ، ما لم يشترط أطراف العقد على لزوم التنبيه بالإخلاء لانتهائه

ولكن ماذا لو ترتب على انتهاء العقد الموقوت بمدة معينة ضرر بالمستأجر نتيجة إجباره على إخلاء العين المؤجرة ؟ ولتوضيح ذلك لو أن رب الأسرة أجبر على إخلاء الدار المستأجرة في ظل وجود نقص حاد في الدور المخصصة للسكنى ، فهل من العدالة طرد المستأجر و تشريد أفراد أسرته تحت غطاء مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ؟ أم أن القانون يعطي للمستأجر الحق في الخروج على هذا المبدأ ؟

هذا ما تجيب عنه المادة 759 من قانون المعاملات المدنية الاتحادي حيث تنص على انه " إذا انقضت مدة الإيجار وثبت قيام ضرورة لامتدادها فإنها تمتد بقدر الضرورة على أن يؤدي المستأجر أجر المثل عنها ".
ويواجه هذا النص قيام حالة الضرورة الملحة التي تقتضي تمديد مدة الإيجار بعد انقضائها ، أما عن استخلاص حالة الضرورة التي تقتضي امتداد عقد الإيجار بعد انتهائه وتقديرها بقدرها فهي من اختصاص محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك متى أقامت قضائها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها.

وهذا ما ذهب الحكم الصادر من المحكمة الاتحادية العليا[1] الطعن رقم 82 لسنة 1992 حيث تتخلص وقائع القضية في عقد إيجار أبرم ما بين صاحب عقار وجمعية حيث أن المطعون ضده وهو صاحب العقار أقام الدعوى رقم 1865 لسنة 1990 مدني شرعي أبو ظبي على الجمعية الطاعنة طالبا إخلاءها من الدكان المبين بالصحيفة ، وقال بياناً لذلك ، إنه أجر للطاعنة الدكان المذكور لمدة عام يبدأ 11/ 6/ 1989 وينتهي في 10 / 6 / 1990 بأجرة قدرها ثلاثون ألف درهم ، وأخطر الجمعية الطاعنة برغبته في الإخلاء فور انتهاء العقد لعزمه على مباشرة أعماله التجارية بالعين المؤجرة إلا أنها رفضت الإخلاء فور انتهاء المدة المحددة بالعقد ، ومن ثم أقام دعواه بطلباته المتقدمة ؛ بتاريخ 27 / 8 / 1990 حكمت المحكمة غيابيا بانتهاء عقد إيجار الدكان محل التعاقد بين الطرفين وإخلاء الجمعية الطاعنة منه وإلزامها بتسليمه للمطعون ضده خاليا مما يشغله وإلزامها بالأجرة عن الفترة من 11/ 6 / 1990 م وحتى تاريخ الإخلاء بواقع الأجرة السنوية 30,000 درهم وبقيمة استهلاك الماء والكهرباء حتى تاريخ الإخلاء ورسوم الدعوى ، عارضت الطاعنة في هذا الحكم بتاريخ 24 / 9 / 1990 قضت المحكمة برفض المعارضة وتأييد الحكم المعارض فيه ، استأنفت الطاعنة هذا الحكم بالاستئناف رقم 227 / 1990 ، بتاريخ 28 / 4/ 1991 حكمة المحكمة بتعديل الحكم المستأنف بإخلاء الدكان موضوع عقد الإيجار المؤرخ 10 / 6 / 1990 وتسليمه خاليا مما يشغله للمطعون ضده خلال سنة اعتبارا من 28 / 4 / 1991 وإلزام الطاعنة بالأجرة من 11/ 6 / 1990 حتى تاريخ الإخلاء

---

1 مجموعة الاحكام الصادرة من دوائر المواد المدنية والتجارية والشرعية المدنية والاحوال الشخصية، السنة الرابعة عشرة العدد الثاني 1992 ص 519

بواقع الأجرة السنوية 30,000 درهم وإلزامها بقيمة استهلاك الماء والكهرباء خلال فترة استغلال العين ، طعنت الطاعنة في هذا الحكم بطريق النقض .

وحيث إن الطعن أقيم على سببين تنعي الطاعنة بالسبب الأول منهما على الحكم المطعون فيه الخطأ في فهم الواقع في الدعوى ، وتقول بيانا لذلك ، إن حقيقة الدعوى طلب زيادة الأجرة وطلب الإخلاء مجرد طلب ظاهري القصد منه التحايل على القواعد الشرعية بهدف إجبار الطاعنة على زيادة الأجرة لعدم استجابة الطاعنة لطلب المطعون ضده في هذا الشأن مما دفعه إلى إقامة دعواه بالإخلاء .

وحيث أن هذا النعي مردود ، ذلك أن الطلب الذي تتقيد به المحكمة هو الذي يقدم لها في صيغة صريحة جازمة تدل على تصميم صاحبه عليه ، لما كان ذلك ، وكان البين من الأوراق أن المطعون ضده أقام دعواه طالبا إخلاء الطاعنة من عين النزاع دون أن يطلب زيادة الأجرة ، ومن ثم فإن النعي يكون على غير أساس .

وحيث أن الطاعنة تنعي بالسبب الثاني من سببي الطعن على الحكم المطعون فيه الخطأ في تطبيق القانون والإخلاء بحق الدفاع ، وتقول بيانا لذلك ، إنه يترتب على قضاء الحكم المطعون فيه بإخلاء الدكان محل النزاع إضرار جسيم بها يتعذر تداركه في حين أن المالك لا يضار من امتداد العقد لحصوله على القيمة الإيجارية وتجيز المادة 759 من قانون المعاملات المدنية امتداد عقد الإيجار في حالة الضرورة وهو ما يتفق مع العدالة ، فضلا عن إن الحكم أخل بحق الطاعنة

في الدفاع إذ لم يستجيب لطلبها بندب خبير لمعاينة المحل موضوع النزاع لبيان مدى الضرر الذي يصيبها من جراء إخلائه .

وحيث إن النعي مردود ، ذلك أن الأصل أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، فإذا كانت مدة الإيجار موقوتة بمدة معينة فإن عقد الإيجار ينتهي بانتهاء هذه المدة دون حاجة إلى تنبيه بالإخلاء ما لم يشترط في العقد لزوم التنبيه بالإخلاء لانتهائه ، واستثناء من هذا الأصل تنص المادة 759 من قانون المعاملات المدنية على أنه **" إذا انقضت مدة الإيجار وثبت قيام ضرورة لامتدادها فإنها تمتد بقدر الضرورة ملحة لامتداد مدة الإيجار بعد انقضائها واستخلاص قيام حالة الضرورة التي تقتضي امتداد عقد الإيجار بعد انتهائه وتقديرها بقدرها من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة من محكمة النقض عليها في ذلك متى أقامت قضائها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها "** وإذ خلص الحكم المطعون فيه بناء على أسباب سائغة لها معينها من الأوراق إلى أن عقد الإيجار المبرم بين الطرفين قد انتهى بانتهاء مدته المحددة به وأن المحكمة درءا لما يمكن أن يقع على الطاعنة من ضرر منحتها فرصة تسليم العين للمطعون ضده خلال سنة من تاريخ الحكم ، ومن ثم فإن النعي في مدى كفاية مدة امتداد عقد الإيجار لا يعدو أن يكون مجادلة في تقدير محكمة الموضوع لمدة الامتداد التي اقتضتها حالة الضرورة ، وهو ما لا يجوز إثارته أمام هذه المحكمة.

المبحث الثالث
نظرية القوة القاهرة في القانون الإماراتي

تنص 273 من قانون المعاملات المدنية على أنه " **في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه**". ولفهم هذا النص لا بد من ذكر نص المادة 386 من قانون المعاملات المدنية وهي تنص على أنه " **إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عينا حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه ...**" ، كما تنص المادة 472 من قانون المعاملات المدنية على أن " **ينقضي الحق إذا أثبت المدين أن الوفاء به أصبح مستحيلا عليه لسبب أجنبي لا يد له فيه**".

يتبين لنا من هذه النصوص أنه إذا أصبح تنفيذ المدين لالتزامه في العقود الملزمة للجانبين مستحيلا نتيجة لسبب أجنبي لا يد للمدين فيه ينقضي هذا الالتزام وينقضي تبعا له الالتزام المقابل بقوة القانون ، ففي عقد البيع إذا هلك المبيع في يد البائع قبل التسليم بسبب أجنبي عن المدين بالتسليم وهو البائع ، في هذه الحالة تنقضي الالتزامات التي تقع على عاتق البائع ، وتنقضي تبعا لذلك بقوة القانون ، الالتزامات التي تقع على عاتق المشتري[1] .

---

[1] عبدالخالق حسن أحمد ، المرجع السابق.

المطلب الأول
شروط تطبيق نظرية القوة القاهرة

الشرط الأول:- أن يؤدي حادث القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد

أن يكون تنفيذ المدين لالتزامه أصبح مستحيلا ، والمقصود بالاستحالة هنا الاستحالة المطلقة ، أي التي تكون راجعة إلى ذات الالتزام ، لأن الاستحالة النسبية لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام ، إلا إذا كانت شخصية المدين محل اعتبار خاص في التعاقد ، كالاتفاق مع طبيب مشهور على إجراء عملية جراحية ، ثم أصيب هذا الطبيب في حادث أدى إلى بتر يده ، في هذه الحالة ينقضي التزام الطبيب ، لأن شخصية الطبيب محل اعتبار خاص في التعاقد [1].

الشرط الثاني:- أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المدين

يشترط أن تكون الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبي عن المدين بالالتزام ، والسبب الأجنبي قد يكون قوة قاهرة ، وقد يكون فعل الغير ، وقد يكون فعل الدائن . أما إذا كانت الاستحالة ترجع إلى فعل المدين ، فإن هذه الاستحالة لا تؤدي إلى انقضاء التزام المدين ، وإنما تؤثر على طريقة التنفيذ ، فلأن التنفيذ العيني أصبح مستحيلا ، فينفذ هذا الالتزام بطريقة التعويض .

---

1 عبد الخالق حسن أحمد مرجع سابق ص274

وفي القانون البحري لدولة الإمارات العربية المتحدة فإن الناقل البحري لا يعفى من المسؤولية إلا إذا كانت القوة القاهرة هي السبب الرئيسي في وقوع الضرر[1] ، أما إذا كان الناقل قد تسبب في وقوعه فإن أحكام نظرية القوة القاهرة لا تطبق ويبقى الناقل مسئول عن هلاك أو تلف البضاعة .

أما في عقود النقل الجوي فلم يرد ذكر القوة القاهرة صراحة في اتفاقية وارسو، ومع ذلك فالأمر مستفاد ضمنا من نص المادة (20) التي تقرر إعفاء الناقل من المسئولية متى أثبت انه كان يستحيل عليه وتابعيه اتخاذ التدابير الضرورية لتفادي الضرر.[2]

ومن التطبيقات القضائية في ذلك الطعن رقم 235 لسنة 1995 لمحكمة تمييز دبي ، حيث تتلخص وقائع القضية في عقد نقل بحري أبرم بين شركتين على أساس نقل كمية من الحديد من ميناء عجمان إلى ميناء بوشهر بإيران ، قامت الشركة الناقلة برص الحديد على ظهر صندل مقطور بالسفينة ، وأثناء القيام بعملية النقل تعرضت السفينة لعواصف بحرية أدت إلى سقوط كميات الحديد في مياه الخليج .

طالبت الشركة الأولى شركة النقل البحري بتعويضها عن تلف البضاعة وعند عرض النزاع على محكمة التمييز بدبي وبعد تعيين الخبير الذي أكد أن

---

1 محمد أحمد بن هزيم السويدي : التزامات الناقل البحري للبضائع في ميناء الوصول في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، رسالة ماجستير الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري 2005 صفحة

2 لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك. احمد ابراهيم الشيخ المسئولية عن تعويض أضرار النقل الجوي وفقا لاتفاقيتي وارسو 1929 ومونتريال1999 ،رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس 2006

البضاعة قد سقطت نتيجة لسوء رصها وتحميلها ، رأت المحكمة بأنه " يشترط للإعفاء من المسؤولية بسبب القوة القاهرة أن تكون تلك القوة هي السبب الوحيد في وقوع الضرر ، لما كان ذلك وكان الثابت بتقرير الخبير المنتدب أن حالة هياج البحر يوم الحادث والظروف المناخية المصاحبة لم تكن السبب الأساسي في سقوط البضاعة من فوق سطح الصندل أثناء قطره بل إن سوء رصها وعدم إحكام ربطها ، هو المرجع الأساسي في انزلاقها إلى البحر ومن ثم فإن دفاع الطاعن بشأن القوة القاهرة يكون ظاهر الفساد . [1]

الشرط الثالث:- أن يقع الحادث في فترة لاحقه على إبرام العقد

يشترط لتطبيق نظرية القوة القاهرة في قانون دولة الإمارات التي تؤدي إلى انفساخ العقد أن يكون الحادث الذي أدى إلى جعل الالتزام مستحيل التنفيذ أن يكون قد وقع في فترة لاحقة على إبرام العقد ، أما إذا كانت الإستحاله قد وقعت في الفترة السابقة على إبرام العقد فإن نظرية القوة القاهرة لا تطبق حيث يكون بصدد عقد باطل لاستحالة المحل . وقد سلك القانون البحري في دولة الإمارات ذات الاتجاه الذي سلكته معاهدة بروكسل من حيث تحديدها لأسباب الإعفاء القانوني لناقل البحري ، فيشترط أن يكون الهلاك أو التلف قد وقع ما بين تسلم البضاعة في ميناء الشحن وتسليمها لصاحب الحق فيها ميناء الوصول[2]، أي أن التلف يكون في مرحلة لاحقة على إبرام العقد

---

1 محكمة تمييز دبي الطعن رقم 235 لسنة 1995 حقوق ص 145
2 محمد أحمد بن هزيم السويدي مرجع سابق صفحة 77

الشرط الرابع:- أن تكون استحالة التنفيذ استحالة كلية

أن تكون استحالة التنفيذ كلية ، كأن يهلك المبيع كله في يد البائع قبل التسليم ، فتنقضي التزامات البائع وتنقضي معها التزامات المشتري . أما إذا كانت الاستحالة جزئية ، بأن هلك جزء من المبيع في يد البائع قبل التسليم ، بسبب أجنبي عن البائع ، ينقضي التزام البائع بمقدار الجزء الذي هلك ، وينقضي تبعا له ما يقابله من التزام المشتري بدفع الثمن ، وإن كانت الاستحالة وقتية كأرض مستأجرة للزراعة غمرتها المياه فترة من الزمن في هذه الحالة يستنزل عن المستأجر من الأجرة ما يقابل هذه المدة . مع ملاحظة أن في الهلاك الجزئي ، أو الاستحالة الوقتية ، يحق للدائن طلب فسخ العقد بعد اعذاره المدين [1].

متى توافرت هذه الشروط ينفسخ العقد من تلقاء نفسه لأنه في العقود الملزمة للجانبين، إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بسبب أجنبي ينقضي هذا الالتزام وتنقضي معه الالتزامات المقابلة ، بحكم القانون .

---

1 للإستزاده حول موضوع الإستحالة الوقتية راجع في ذلك عبد الوهاب بن سعد الرومي ، الاستحالة مرجع سابق وانظر أيضا حسين علي الجيلاوي استحالة تنفيذ الالتزام العقدي مرجع سابق

المطلب الثاني
الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة

سنتناول في هذا المطلب لأهم الآثار القانونية التي تترتب على تطبيق نظرية القوة القاهرة سواء فيما يتعلق بتحمل التبعة من جراء فسخ العقد نتيجة استحالة التنفيذ ، وكذلك أهم الآثار التي تترتب على هذا الفسخ .

الفرع الأول
تحمل التبعة

إذا انفسخ العقد بحكم القانون ، فمن الذي يتحمل التبعة ، الدائن أو المدين ؟

للإجابة على هذا السؤال يجب أن نفرق بين نوعين من العقود :

أولاً :- العقود الملزمة للجانبين

الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة للجانبين هو المدين بالالتزام ، ففي عقد البيع إذا أصبح تنفيذ البائع لالتزامه مستحيلا بسبب أجنبي ، كأن يكون المبيع قد هلك في يد البائع وقبل تسليمه للمشتري بسبب قوة قاهرة في هذه الحالة ينقضي التزام البائع ، وينقضي تبعا له التزام المشتري بدفع الثمن ، والذي يتحمل التبعة هو البائع ، فإذا كان المشتري لم يدفع الثمن ، لا يستطيع البائع أن يجبره على دفع الثمن ، أما إذا كان المشتري قد دفع الثمن للبائع ، فيحق للمشتري أن يسترد

الثمن ، لأن قانون المعاملات المدنية يربط بين تبعة الهلاك والتسليم ، أما إذا هلك المبيع في يد المشتري بعد التسليم ، فإن الذي يتحمل التبعة هنا هو المشتري ، فإن لم يدفع الثمن يحق للبائع أن يرجع عليه بالثمن ، أما إذا كان قد دفع الثمن فلا يحق له استرداده .

ثانياً :- العقود الملزمة لجانب واحد

الذي يتحمل التبعة في العقود الملزمة لجانب واحد هو الدائن بالالتزام ، ففي عقد الهبة بدون عوض إذا هلك الشيء الموهوب تحت يد الواهب بسبب أجنبي ، فإن عقد الهبة ينقضي ، والذي يتحمل التبعة هنا الدائن وهو الموهوب له [1]. وفي عقد الوديعة إذا هلكت الوديعة في يد المودع بسبب أجنبي عنه ، ينقضي التزام المودع برد الوديعة ، والذي يتحمل التبعة هو الدائن ، أي المودع ، لأن عقد الوديعة من عقود الأمانة ، وفي عقود الأمانة إذا هلك الشيء بسبب أجنبي ، فإنه يهلك على مالكه .

الفرع الثاني

الآثار التي تترتب على الفسخ

- زوال العقد بأثر رجعي :

يترتب على فسخ العقد أو انفساخه زوال آثار العقد بأثر رجعي ، ويعتبر العقد كأن لم يكن ، ويعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، أما إذا كان من المستحيل إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل التعاقد ، كما في العقود الزمنية،

---

1 نشير هنا بان عقد الهبة في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات لا تتم إلا بالقبض أنظر في ذلك الفقرة الأولى من المادة 615من قانون المعاملات المدنية .

حكم بتعويض مناسب ، وهذا ما وضحته المادة 274 من قانون المعاملات المدنية فهي تقول " **إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض**" .

وللفسخ أثر رجعي بالنسبة للمتعاقدين ، وبالنسبة لغيرهما :

1- أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين

كما هو واضح من نص المادة 274 من قانون المعاملات المدنية – السابق الإشارة إليها – يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد فيزول أثر العقد بالنسبة للمستقبل ، كما يزول أثر العقد بالنسبة لما تم ، فإذا فسخ عقد البيع ، فمن حق البائع استرداد المبيع إن كان قد سبق وسلمه للمشتري . كما يكون من حق المشتري استرداد الثمن إن كان قد سبق وسلمه للبائع[1] .

ويؤسس التزام المتعاقد برد ما أخذه على قواعد استرداد غير مستحق ، إذا ما أصبح الرد مستحيلا ، كأن يتعذر على المشتري رد المبيع وجب عليه التعويض لصالح البائع[2] . ويؤسس التعويض هنا وفقا لقواعد المسئولية التقصيرية " الفعل الضار" لا العقدية ، لأن العقد بعد فسخه لا يترتب عليه أي أثر ، وبالتالي لا يصلح لأن يكون أساساً للتعويض . بينما يرى البعض بأن التعويض يؤسس هنا على قواعد المسئولية العقدية . والرأي الأول هو الرأي الراجح في نظرنا ، لأن يترتب على فسخ العقد زواله ، وبالتالي لا يترتب عليه أي أثر .

---

1 عبد الخالق حسن أحمد مرجع سابق ص276

2 د. محمود جمال الدين زكي الوجيز في نظرية الالتزام ج1 ص411 د. محمد لبيب شنب دروس في نظرية الإلتزام ص309

أما بالنسبة لعقود المدة كعقد الإيجار ، فيرى جمهور الفقهاء أن أثر الفسخ يقتصر على المستقبل ، ولا يكون للفسخ في هذه الطائفة من العقود أثر رجعي ، لأن طبيعة هذه العقود لا تستجيب لفكرة الأثر الرجعي ، لأن ما فات من الزمن لا يمكن إرجاعه، وعليه تكون الأجرة المستحقة عن المدة السابقة لفسخ عقد الإيجار قائمة وتأخذ صفة الأجرة لا التعويض ، وبالتالي تكون الأجرة عن المدة السابقة لفسخ العقد مضمونة بامتياز المؤجر .

أما البعض الآخر من الفقهاء فيرى أن الأثر الرجعي للفسخ شامل لجميع العقود الفورية ، والعقود الزمنية ، وهذا هو الرأي الراجح في نظرنا ، لأن المادة 274 من قانون المعاملات المدنية تنص على أنه " ... **فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض** " ففي العقود الزمنية ما دام إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد يعد أمرا مستحيلا ، في هذه الحالة يحكم القاضي بالتعويض لإعادة التوازن بين المتعاقدين ، لأنه يجب التسوية من حيث الأثر بين الفسخ وبطلان العقد الزمني[1] .

2- أثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين

يكون الفسخ في مواجهة غير المتعاقدين نفس الأثر بالنسبة للمتعاقدين ، فيكون له أثر رجعي فإذا كان المشتري قد تصرف في العين ، ثم فسخ عقد البيع ، في هذه الحالة تعود العين إلى البائع ، لأن تصرف المشتري مبني على عقد البيع ، فإذا زال عقد البيع بالفسخ ، ترتب على ذلك زوال التصرف في العقد الذي أبرمه المشتري مع الغير ، ولكن يلزم لترتيب هذا الأثر أن تكون دعوى الفسخ مؤشرا

[1] عبدالخالق حسن أحمد ، مرجع سابق.

بها على هامش التسجيل الأصلي لعقد البيع ، وأن يكون التصرف تاليا للتأشير بدعوى الفسخ على هامش تسجيل العقد الأصلي ، هذا في العقار . أما في المنقول فقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز توفر للغير الحماية اللازمة وتحد من أثر فسخ العقد الأصلي في مواجهة الغير [1].

[1] عبدالخالق حسن أحمد ، مرجع سابق.

الباب الثاني

تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

يلعب تحديد نطاق الالتزامات العقدية لأطراف العقد التجاري الدولي دوراً هاماً في المفاوضات التي تسبق إبرام هذه العقود وفي صياغتها ، وقد كان تحديد التزامات أطراف العقد في مرحلة المفاوضات والصياغة في كل عقود التجارة الدولية لاسيما عقود الإنتاج والتوريد والاستثمار.

ونظراً للأهمية الاقتصادية لعقود التجارة الدولية ، والتي تشكل في غالب الأحيان جزءاً من الخطة الإستراتيجية لاقتصاديات بعض الدول والتي تكون طرفاً في تلك العلاقة ، وكذلك أهميتها بالنسبة للمشروع المتعاقد مع تلك الدولة والذي يكون مشروع أجنبي متعدد الجنسيات في الكثير من الأحيان والذي يكون بدوره قد وضع ميزانية ضخمه وما ترتب عليها من ديون معتمداً على الأرباح التي سيجنيها من تلك العقود ، وهذا الأمر أدى إلى جعل عقود التجارة الدولية تتعدى العقود البسيطة لتؤثر بشكل مباشر على الحياة الاجتماعية للدولة المتعاقدة أو الدولة التي ينتمي إليها المشروع المتعاقد حتى اعتبر البعض أن هذا النوع من العقود يعد من العقود الاجتماعية "contrat social"[1] ، إزاء تلك الأهمية فإنه غالباً ما نرى أن أطراف العقد التجاري الدولي غالباً ما يعطون أهمية كبيره

---

1 **M. SALEM et H.A. SANSONHERMITTE.** Les contrats "cle en main" et les contrats: produit en main".
Technologie et vente de veloppement. librairies techniques paris 1979 p 101.
مشار إليه في ناجي عبدالمؤمن ، مرجع سابق

للبنود المتعلقة بشروط الإعفاء من المسؤولية،وبتنفيذ العقد وضمان ما يطرأ على محل العقد من تغيرات أو عيوب بعد ذلك.

وقد أولت معظم التشريعات الوطنية - كما رأينا في الباب الأول من هذا البحث - عناية كافيه في مجال ما يصادف تنفيذ عقود التجارة الدولية من عقبات وتقلبات في الظروف ، تؤثر وبشكل مباشر على شروط الإعفاء من المسؤولية ، وقد كان القضاء الفرنسي يميل قدر الإمكان وبشكل دائم إلى التضييق من نطاق شروط الإعفاء من المسؤولية ، ولكن بدأ القضاء يميل نوعاً ما إلى التوسع في هذه الشروط كلما تعلق الأمر بعقد من عقود التجارة الدولية وخصوصاً عقد التوريد.

وتوجد في الحقيقة معطية أساسية للتقريب بين عقود التجارة الدولية وهي عامل الوقت في تنفيذها حيث أن هذا التنفيذ عادة ما يتم ويستغرق وقتاً ليس بالقصير، فاستثناء لعقود المبادلات "contrats d' echange " وهي العقود التي يتم بمقتضاها بمبادلة شيء ما مخصص للاستهلاك بمقابل مالي أو خدمة ما حيث يتم تنفيذها خلال مدة قصير كعقد البيع الدولي للبضائع،نجد بعض العقود تمتد لمدد أطول كعقود الإنتاج contrats de production وعقود التوريد contrats d 'approvisionnement حيث عادة ما تبرم لمدة طويلة لا تقل في الغالب عن سنتين مثل (عقد بيع مصنع بتسليم المفتاح) وقد تمتد في بعض الأحيان من خمسة عشر سنة إلى عشرين سنه كعقود توريد الغاز أو البترول[1]، عقود الاستثمار المباشر ، عقود التوريدات والتجهيزات الصناعية، الاتفاقات الصناعية والقروض.

---

1 وإن كان هذا نوع من العقود ينصب على أشياء استهلاكية كعقد البيع الدولي للبضائع الا أن ما يميزه هو طول مدة تنفيذه.

كما أن هناك بعض العقود القديمة التي تمتد مع الزمن كعقود الوكالات التجارية (الاحتكار) وعقود الامتياز القديمة التي قد تصل إلى مدة تتراوح مابين الستين عام إلى التسعة والتسعين عاماً[1].

وفي كل هذه العقود فإن هناك شيء واحد مؤكد هو أن شروط وظروف تنفيذ هذه العقود ستتغير تغيراً جذريا لا محالة طوال مدة تنفيذ العقد الأمر الذي سيؤدي إلى الحاجة إلى مراجعة شروط وظروف تنفيذ تلك العقود كل فترة من الزمن ، بحيث يُمكن أطراف العلاقة التجارية الدولية من خلال تلك المراجعة أن يلاءموا بين شروط هذه العقود والظروف التي استجدت في مرحلة تنفيذها.

ويمكن أن نقابل بداية في العقود التجارية الدولية شروطاً عامة لمراجعة العقود وتمتاز هذه الشروط بأنها صيغ عامة ومرنة ، مؤداها إلزام أطراف العلاقة التجارية الدولية بالاجتماع معاً كل فترة من الزمن لمناقشة صعوبات التنفيذ وإيجاد الحلول المناسبة لها ووضعها موضع التنفيذ[2] .

وهناك نوع آخر من شروط المراجعة أكثر شيوعا وهو ما يسمى بشرط الطوارئ"hardship " وهذا الشرط يتم تطبيقه - كما سنرى لاحقاً- عندما يتعرض العقد التجاري لتغيرات في الظروف فتأثر على تنفيذه تأثيراً كبيراً بحيث

---

1 **KAHN** : force majeure OP. Cit . p468

2 سيتم تفصيل ذلك في مؤلفنا لاحقا

تؤثر على التوازن المالي للعقد[1] ، والذي بدور يؤدي إلى اختلاف الآثار المالية للعقد في مرحلة أو وقت إبرامه عنها كلية في مرحلة تنفيذه.

وفكرة شرط الطوارئ hardship في عقود التجارة الدولية ، هي فكرة قريبة جداً من فكرة الظروف الطارئة التي تأخذ بها بعض الأنظمة الداخلية،ويحرص أطراف العقد التجاري الدولي على النص صراحة على تطبيق شرط الطوارئ ويتم ذكر الحالات التي يتم فيها تطبيق هذا الشرط ، إلا أنه في بعض الحالات يلجأ الأطراف إلى استخدام صياغات عامة ومرنة[2] ، وغير محدده لمثل هذه الشروط لكي يعطوا لأنفسهم مساحة من الحرية عند جلوس الأطراف على طاولة المفاوضات لملائمة شروط العقد.

ومن أكثر الشروط التي تثير خلافاً بين الأطراف في مرحلة إعادة التفاوض هو شرط تغير الظروف بسبب القوة القاهرة ، فالقوة القاهرة بمفهومها التقليدي تعتبر سبباً لإعفاء أطراف العقد من تنفيذ التزاماتهم ، ويؤدي حدوث القوة القاهرة إلى غياب مسؤولية المدين من ناحية،وإنهاء العقد من ناحية أخرى وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في تعريفها لمفهوم القوة القاهرة في حكمها الصادر سنة 1965 حيث أعطت للقوة القاهرة مفهوماً ضيقاً واشترطت أن يكون **"خارجاً عن إرادة المدين وغير ممكن دفعه"**[3].

---

1 يتم تعديل شروط العقد بآلية معينة تسمى " إعادة التفاوض" .

2 Faber

3 جاك غستان المطول في القانون المدني الفرنسي مرجع سابق

وهذا الاتجاه الضيق الذي أخذت به محكمة النقض جعل مفهوم القوة القاهرة التقليدي لا يتناسب وأهمية عقود التجارة الدولية،صحيح أن الاستقرار العقدي وحماية الروابط العقدية بين الأطراف أمر مقدس ولا يجوز المساس به إلا في أضيق الحدود ، إلا أن واقع عقود التجارة الدولية خصوصاً ما يتعلق بعقود الإنتاج والتوريد الدوري استلزم التوسع في مفهوم فكرة القوة القاهرة ، وإحداث تغير في آثارها مقارنه بمفهومها التقليدي.

الفصل الأول
النظريات المطبقة لمعالجة مشكلة تغير الظروف

هناك الكثير من النظريات التي يطبقها المتعاملون في عقود التجارة الدولية لمعالجة مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد التجاري الدولي إلا أن أهم هذه النظريات نظرية شرط الطوارئ التي تعالج اختلال التوازن العقدي بالإضافة إلى نظرية القوة القاهرة بمفهومها التقليدي المجرد وذلك لمعالجة مشكلة استحالة التنفيذ العقدي ، كما ظهرت فكرة القوة القاهرة بمفهومها الحديث والتي تسمى أيضاً بالقوة القاهرة الاتفاقية [1]، وسنلقي الضوء في هذا الفصل لهذه النظريات مع بيان مفهومها وشروط تطبيقها كما سنتناول موقف قرارات التحكيم واتفاقيات التجارة الدولية وكذلك العقود النموذجية.

---

1 لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع راجع أيضا

OBEID : Le calcul du prix dans les contrats internationaux . these Montpellier 1 . 1990 p 254

المبحث الأول

القوة القاهرة بمفهومها التقليدي في عقود التجارة الدولية

لا يوجد مفهوماً واحداً للقوه القاهرة يؤخذ به في عقود التجارية الدولية حيث تتباين هذه المفاهيم وتتنوع مابين موسع لهذا المفهوم ومضيق له فإذا ما أخذ بالمفهوم المضيق للقوه القاهرة وهو ما يطلق عليه بالمفهوم التقليدي فسنجد جمود هذه الفكرة وابتعادها عن الكثير من المفاهيم القانونية القريبة لها كشرط إعادة الطوارئ "hardship "

أما إذا أخذنا بالمفهوم المرن الحديث للقوة القاهرة فسنجد الكثير من التداخل لهذه الفكرة مع غيرها من الأفكار القانونية الشقيقة لها كفكرة شرط الطوارئ وسنتناول شرطاً مفصلاً للقوة القاهرة بمفهوميها التقليدي والحديث ثم سنستعرض لمفهوم شرط الطوارئ ونقارن بين تلك النظريات .

المطلب الأول
مفهوم النظرية

عرفت الشرائع القديمة فكرة القوة القاهرة منذ الأزل ففي القانون الروماني الذي يعتبر من أول الأنظمة التي تناولت هذه المسألة عرفها بأنها **" كل ما يستعصى توقعه بوسائل الإدراك الإنساني حتى وإن أمكن توقعه فإنه يستعصى على المقاومة"**[1] .

---

1 حسبو الفزاري مرجع سابق ص534

أما المفهوم التقليدي للقوة القاهرة "force majeure" فيعرف على أنه حدث غير متوقع ولا يمكن نسبته إلى المدين ومن غير الممكن تجنبه أو مقاومته أو حتى التغلب عليه ويؤدي في نهاية الأمر إلى استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقه فتكون النتيجة المنطقية لهذا الحدث هو فسخ العقد وإعفاء المدين من المسؤولية عن عدم تنفيذه لالتزامه[1].

ويتصف حدث القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي بالثبات والاستقرار لأنه يقوم على مجموعه من الركائز فهو يشترط في الحدث أن يكون غير متوقع وخارج عن فعل المدين ولا يمكن للمدين مقاومة هذا الحدث ، فإذا ما توافرت هذه الأركان فنكون بصدد قوه قاهره بالمفهوم التقليدي[2] .

وتستمد القوة القاهرة هذه الصفة بقوة القانون دونما حاجه إلى اتفاق صريح بين أطراف العقد ، وتأخذ بها معظم التشريعات الوطنية كما رأينا سابقاً ، وتعتبرها سبباً لانتفاء مسؤولية المدين كما تشير إليها بنصوص صريحة خاصة لتنظيم هذه المسألة .

ويتفق الفقه والقضاء على اعتبار القوه القاهرة بالمفهوم التقليدي من الأمور المسلم بها في كافة الأنظمة والشرائع الوطنية فكل الشرائع والأنظمة تبرئ ذمة

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص16

2 **ANTONMATTE** : contribution a l" etude la force majeure , these Montpellier, 1992 P 177

المديـن فـي الالـتزام الـتعاقدي إذا مـا توافـرت شـروط القـوة القاهـرة بـالمفهوم التقليدي[1].

فـإذا مـا تعرض الالـتزام الـتعاقدي لقوة قاهرة بـالمفهوم التقليدي ، ففي هذه الحالة فإنـه لا يجـوز مسـاءلة المدين عن عدم تنفيذه لالتزامه فلا التزام بمستحيل " a I' impossible nul n'est tenu"

ويعفـى المدين عن عدم تنفيذه لالـتزامه سواء نـص العقد صـراحة علـى إعفـاء المدين في حال توافر حدث القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي أم لم ينص على ذلك ، فإعفـاء المدين عن عدم تنفيذه لالـتزامه هـي النتيجة المنطقية لهذا الحدث دونما حاجـه إلـى نـص صـريح بذلـك ، كمـا أن الأطـراف غـير ملزمـين بـإدراج شـرط تعـاقدي ينص علـى إعفـاء المدين عند عدم التنفيذ فـي حـال حدوث القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي.
ومـن جانـب آخـر فإنـه يجوز للأطراف الاتفاق بناءً علىٰ شرط تعاقدي ينص على تحمـل المدين التبعات الناشئة عن حدوث القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي فالأصل هو إعفاء المدين ويجوز الاتفاق على خلاف ذلك[2].

وبمـا أن القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي تتميز بالثبات والجمود كما ذكرنا من قبل فـإن ذلـك يحقق ميزه للأطراف في عدم الحاجة إلى ذكر تفاصيل للقوة القاهرة في العقد المبرم بينهم دون الحاجـة إلـى إفراغ تعريف للقوة القاهرة أو تعداد لحالاتها

I bid 1
2 نشير هنا أنه في حال تم الاتفاق على تحمل أحد الأطراف لتبعات القوة القاهرة فإنه يكون في هذه الحالة كالضامن أو المؤمن للطرف الآخر .

فمجرد ذكر القوة القاهرة في شروط العقد فإن ذلك يترجم إلى اتجاه نية الأطراف إلى تطبيق أحكام القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي وفقاً لما هو معروف في القواعد العامة للعقود وهذا الأمر يسهل على القاضي أو المحكم تسوية النزاعات بين الأطراف .

وبما أن للأطراف الاتفاق على استبعاد تطبيق أحكام القوة القاهرة وتحميل المدين تبعة حدوثها فإنه يجوز للأطراف أيضاً استبعاد تطبيق بعض الأحداث التي تشكل قوة قاهرة وفقاً للمفهوم التقليدي بناءً على اتفاق صريح في العقد كما يجوز لهم إضافة بعض الأحداث التي لا تعتبر قوة قاهرة على النحو المعروف في القواعد العامة وتطبق عليها أحكام القوة القاهرة[1].

وتطبق قواعد القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي على جميع الالتزامات أياً كانت طبيعتها تعاقدية كانت أم تقصريه كما لا يلزم الأطراف بذكر هذه الالتزامات في العقد بصورة تفصيلية فأحكام القوة القاهرة تطبيق على جميع الالتزامات إلا أنه يجوز للأطراف الاتفاق بموجب نص صريح على استبعاد بعض الالتزامات من تطبق أحكام القوة القاهرة عليها.

---

1 سيلي ذكر ذلك عند الحديث عن القوة القاهرة بالمفهوم الحديث .

المطلب الثاني
النتيجة المترتبة على تطبيق النظرية

تؤثر القوة القاهرة على عقود التجارة الدولية حيث تكون النتيجة هي فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين عن تنفيذ ما تبقى من التزام ، وهذه النتيجة المميزة للقوة القاهرة تحدث بقوة القانون كما هو سائد في القانون المقارن[1] كما تستمد مصدرها أيضاً من قرارات التحكيم التجاري الدولي ، وهذا ما يميز القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية عن القوة القاهرة في الأنظمة الداخلية .

ويقوم المحكم التجاري الدولي بالفصل في مشكلة تعرض العقد التجاري الدولي لقوة قاهرة إذا ما اتفق الأطراف على إسناد هذه المهمة إليه ، سواء كان ذلك بناء على شرط عام عن طريق تكليف المحكم بكافة النزعات التي تنشأ بين أطراف العقد التجاري الدولي أو كان ذلك بموجب شرط خاص تم بموجبه تحديد النزاعات التي تتعلق في حال حدوث القوة القاهرة ، فالتحكيم نظام لتسوية المنازعات التجارية الدولية يجد أساسه في إرادة الأطراف ، فهو كما يرى البعض " **العدالة التي آثرها الأطراف على قضاء الدولة** "[2] فهي نظام خاص ناتج عن إرادة الأطراف أنفسهم[3] .

---

1 انظر في ذلك LeRoy (D.) op cit 12
MABROUK (R.); la force majeure en droit egyption et en droit francaise , these. nantes. 1986 P 288

2 انظر قرار التحكيم رقم 3938 "une veritable reglementation particuliere resultant de la vo- lonte des parties elles – memes . راجع الحكم في جريدة القانون الدولي 1984 ص 926.

3 ناجي عبد المؤمن مرجع سابق ص146

وقد يسند الأطراف لهيئة التحكيم إعلان فسخ العقد بشكل مباشر عند تحقيق حالة القوة القاهرة ، كما قد يقوم الأطراف بترك الأمر دون تحديد للتحكيم التجاري وذلك باتخاذ ما يراه المحكم مناسباً عند تعرض العقد لاستحالة في التنفيذ.

الفرع الأول

آلية اتفاق الأطراف على الفسخ عند تحقق شرط القوة القاهرة

قد يقتصر الأطراف على المحكم بفسخ العقد التجاري الدولي عند تحقق حادث القوة القاهرة ، كما قد يتفق الأطراف على إعطاء المحكم سلطة واسعة لاتخاذ الإجراء الذي يراه مناسباً ، كما قد يغفل الأطراف عند إبرام العقد التجاري الدولي على وضع شرط ينظم هذه المشكلة وسنتناول هذه الحالات بشيء من التفصيل .

الحالة الأولى:- اقتصار الأطراف على المحكم بفسخ العقد عند تحقق حادث القوة القاهرة[1] .

في هذه الحالة يتفق الأطراف بشكل صريح على أنه عند تعرض العقد التجاري الدولي لقوة قاهرة أثرت في تنفيذه فإن النزاع يرفع للتحكيم التجاري للحكم بفسخ العقد ومن أمثلة هذه الشروط:

*** " في حالة حدوث حالة من حالات القوة القاهرة من شأنها إحداث تأخير في تنفيذ الالتزامات أكثر من ستة أشهر، وفي حال لم يتم التوصل إلى اتفاق بين**

---

[1] شريف غنام ، المرجع السابق.

الأطراف ، جاز للطرف المضرور طلب فسخ العقد من هيئة التحكيم التجاري الدولي".

*** " إذا استمرت القوة القاهرة أكثر من 8 أشهر فإنه يحق للطرف المضرور طلب فسخ العقد عن طريق اللجوء إلى التحكيم التجاري الدولي"[1].**

الحالة الثانية:- اتفاق الأطراف على إسناد الأمر للمحكم لاتخاذ ما يراه مناسباً.

في هذه الحالة لا يشترط الأطراف على تحديد مهمة هيئة التحكيم بفسخ العقد عند توافر شرط القوة القاهرة وإنما يترك للمحكمين اتخاذ القرار الذي يرونه مناسبا سواء تعلق القرار بفسخ العقد أوقفه لحين انتهاء القوة القاهرة ، فالأطراف في هذه الحالة أعطوا لهيئة التحكيم الحرية الكاملة دون تحديد لشرط معين ومن أمثلة هذه الشروط.

" إذا استمرت القوة القاهرة لمدة تزيد عن الأربعة أشهر، فإنه يجوز لأطراف التفاوض من أجل الوصول إلى حل يمكنهم من تنفيذ العقد وتحقيق الهدف منه وإذا لم يتوصل الأطراف لاتفاق أو حل جديد خلال شهرين ، فإن الأمر سيحال إلى التحكيم التجاري الدولي[2]".

ولكن ما مصير العقد التجاري الدولي إذا أغفل الأطراف ذكر أي شرط يسمح للتحكيم التجاري الدولي بالتدخل في حال توافر القوة القاهرة؟ فهل ينفسخ العقد فسخاً تلقائياً دون حاجة للجوء إلى التحكيم التجاري على أساس أن التحكيم يقوم

---

1 **FONTAINE (M.),**op. cit., p. 231.
2 **KAHN (PH.),** La force majeueure.,op.cit., p.482.

على شرط أورده الأطراف في عقدهم وعدم ورود هذا الشرط يسمح للأطراف بفسخه أسوة بالعقود الداخلية؟ أم أنه لا بد من إحالة النزاع لهيئة التحكيم حتى في ظل عدم وجود شرط ينص على ذلك؟

للإجابة على هذا التساؤل نقول أنه بمراجعة لقرارات التحكيم وجدنا أنها تفسر على أساس أن تضمين العقد شرط تحكيم أو الحاقة بمشارطه تحكيم عند حدوث حادث القوة القاهرة ، ما هو إلا شرط احترازي تفصيلي ، حيث يلزم الأطراف بالالتجاء إلى قضاء التحكيم في حال اختلافهم في مصير العقد في حالة تأثره بحالة القوة القاهرة[1]ومن القرارات التي تدعم هذا الرأي القرار الصادر من هيئة التحكيم رقم 2478 والذي تقول فيه هيئة التحكيم " **لا يعطي للأطراف حقاً تلقائياً في فسخ العقد في حال عدم التوصل إلى نتيجة حيث يتوجب عليهم اللجوء إلى هيئة التحكيم التجاري الدولي**[2]"ونشير هنا أن هذا القرار قد صدر بسبب قيام أحد الأطراف بفسخ العقد بإرادته المنفردة نتيجة عدم قبوله بالثمن الذي اقترحه الطرف الآخر.

الفرع الثاني

قرارات التحكيم عند تحقق شرط القوة القاهرة

إعفاء المدين من تنفيذ الالتزام وعدم مطالبته أو إلزامه بدفع أي تعويض هي إحدى خصائص القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية وهذا ما تواترت عليه

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص66

2 **FONTAINE (M.)**: droit des contrats internationaux analyse et redaction de clauses FEC1989 , p. 230.

قرارات التحكيم التجاري الدولي[1] عند النظر في أي نزاع بسبب حدوث حادث تتوافر فيه خصائص القوة القاهرة وأدى هذا الحادث إلى استحالة تنفيذ الالتزام العقدي.

ولكن هل يتم فسخ العقد التجاري الدولي في جميع الحالات التي يتعرض فيها العقد الدولي لقوة قاهرة؟ أم أن التحكيم التجاري يتريث في بعض الحالات بسبب أهمية هذا النوع من العقود؟ وهل تلتزم هيئة التحكيم بشروط المتعاقدين في فسخ العقد؟ أم أن الهيئة تستطيع إصدار ما تراه مناسباً من قرارات وحتى لو كانت مخالفه لما اتفق عليه الأطراف؟ للإجابة على هذا التساؤل فإننا نفرق بين حالتين:-

الحالة الأولى:- اتفاق الأطراف على فسخ العقد عند توافر حالة القوة القاهرة.

في هذه الحالة يتفق الأطراف على فسخ العقد في حالة حدوث أي حادثه توافرت فيها خصائص القوة القاهرة وأدت إلى استحالة التنفيذ حيث تتولى هيئة التحكيم إعلان الفسخ ، ويتفق فقهاء التجارة الدولية على أهمية التزام هيئة التحكيم بما جاء في العقد من شروط أو أحكام فلا يجوز لها إصدار أية قرارات أخرى تخالف ما اتفق الأطراف عليه فلا يحق للمحكم إصدار قرار بوقف العقد طالما أن الأطراف قد اتفقت على الفسخ ، وحتى لو رأى المحكم أن الوقف سيكون أفضل من فسخ العقد طالما أن نية الأطراف قد اتجهت بشكل صريح إلى فسخ العقد

---

1 **CAPATINA (O.),** Doctrine et pratique du droit socialiste roumaines en matiere de contrat international , in " Le contrat economique international, Stabilite et evolution, op. cit., p. 239 ; **KAHN (ph.)** Force majeure et contrats internationationaux., op. cit., p. 480. مشار إليه أيضا في شريف غنام ، المرجع السابق.

فالمحكم في هذه الحالة يقتصر دوره على التحقق من توافر شروط القوة القاهرة وإعلان فسخ العقد الدولي[1].

الحالة الثانية :- عدم اتفاق الأطراف على فسخ العقد عند توافر حالة القوة القاهرة .

في هذه الحالة يترك أطراف العقد التجاري الدولي الحرية الكاملة لهيئة التحكيم في اتخاذ ما تراه مناسباً بصدد توافر حالة من حالات القوة القاهرة وذلك عند عدم توصلهم إلى اتفاق يتعلق بفسخ العقد أو وقفه، فيوكل الأمر برمته إلى هيئة التحكيم ، ففي هذه الحالة يكون لأعضاء هيئة التحكيم مجالاً أوسعاً وحرية كاملة في إصدار القرارات المناسبة سواء بالفسخ أو الوقف أو أي قرار آخر، ونظراً لأهمية هذا النوع العقود فنلاحظ أن الكثير من قرارات التحكيم تتجنب الحكم بفسخ العقد[2] وذلك رغبة منها في حماية الأطراف من النتائج الخطيرة التي ستترتب على عملية فسخ العقد كما أنها من جانب آخر تتشدد في الشروط المطلوبة لإعمال القوة القاهرة[3] .

---

1 **FONTAINE (M.),** OP. cit., p 204.

2 . p 483 **KAHN (PH.)** OP. cit

[3] مشار إليه في شريف غنام ، المرجع السابق

الفرع الثالث

النتيجة المترتبة على تطبيق القوة القاهرة في اتفاقيات التجارة الدولية والعقود النموذجية

تشير اتفاقيات التجارة الدولية إلى أن النتيجة المترتبة على تطبيق القوة القاهرة هي فسخ العقد التجاري الدولي وإعفاء المدين عند عدم تنفيذه لالتزامه ، حيث تؤكد اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع على إعفاء أحد الطرفين عن عدم تنفيذ أي من التزاماته إذا ثبت أن عدم التنفيذ كان بسبب عائق يعود إلى ظروف خارجه عن إرادته".[1]

أما اتفاقية لاهاي لسنة 1964 فتنص في فقرتها الأولى على أن " **لا يسأل المدين عن عدم تنفيذه لأي من التزاماته ، إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى ظرف لم يكن ملزماً أن يأخذه في اعتباره ، وفقاً لنية الأطراف ، وقت إبرام العقد أو يتجنبه أو يتخطاه**"[2].

أما غرفة التجارة الدولية فقد أعدت شرطاً نموذجياً للقوة القاهرة حيث نصت في الفقرة الأولى من البند الأول من هذا الشرط على أن " **لا يعتبر الطرف مسئولاً عن عدم تنفيذ أي من التزاماته بالقدر الذي يثبت فيه أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق مستقل عن إرادته ، وأنه لم يكن من المعقول أن يتوقعه ، أو يتوقع نتائجه على موقفه في تنفيذ العقد لحظة إبرامه وأنه لم يكن من المعقول أن**

---

1 المادة 79 من الاتفاقية ، الفصل الرابع " الإعفاءات" .
2 المادة 74 من القانون الموحد للبيع ، الفصل الثاني " الإعفاءات .

يتجنبه أو يتخطاه أو على الأقل يتجنب أو يتخطى نتائجه"[1] بهذا النص يوضح فيه إعفاء المدين عن عدم تنفيذ التزامه حال توافر حاله من حالات القوة القاهرة أما فيما يتعلق بفسخ العقد فينص عليه البند الثامن من هذا الشرط بقوله " **إذا امتدت القوة القاهرة مدة أطول من المدة المنصوص عليها من قبل الأطراف أو في حال غياب مثل هذا النص ، أو امتدت أزيد من المدة المعقولة ، فلأي من الطرفين فسخ العقد بشرط إعلان الطرف الآخر".**

أما بالنسبة للنتيجة المترتبة على القوة القاهرة في مبادئ unidroit فقد انتهجت نفس الخط التي سارت عليه اتفاقيات التجارة الدولية حيث تنص الفقرة الأولى من المادة 7-1-7 على أن " **لا يسأل المدين عن نتائج عدم التنفيذ إذا أثبت أن عدم التنفيذ يرجع إلى عائق يفلت من رقابته وأنه ليس من المعقول أن ننتظر فيه أن يأخذه في اعتباره لحظة إبرام العقد أو أن يتجنبه أو يتخطاه أو يتجنب أو يتخطى نتائجه".**

كما تشير الفقرة الرابعة من هذه المادة على أن " **لا تمنع نصوص هذه المادة أطراف العقد من أن يمارسوا حقوقهم في فسخ العقد أو وقف تنفيذ التزاماتهم"**[2].

---

1 البند الأول من الشرط " الإعفاء من المسئولية " ، منشورات غرفة التجارة الدولية ، المنشور رقم 421 لسنة 1985 .

2 المادة 7- 1-7 " القوة القاهرة" من مبادئ UNIDROIT

المطلب الثالث
الاستحالة المطلقة للتنفيذ كأثر ممنز للنظرية

تؤدي الاستحالة المطلقة في تنفيذ العقد إلى فسخ العقد بقوة القانون وانتفاء مسؤولية المدين وإعفاء الأطراف من تنفيذ ما تبقى من التزامات عقدية ، وهذه النتيجة المميزة لحادث القوة القاهرة تعتبر استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد ، كما أنها تمثل اعتداءً صارخاً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، إلا أننا نلاحظ أن معظم الأنظمة الداخلية الوطنية تأخذ بالنتيجة نفسها ، كما اتجه التحكيم التجاري الدولي في قراراته إلى فسخ العقد عند توافر شروط القوة القاهرة والمتمثلة في استحالة تنفيذ الالتزام العقدي استحالة مطلقة .

ولكن ما المقصود بالاستحالة المطلقة التي تؤدي إلى انفساخ العقد؟ وما هي طبيعة هذه الاستحالة؟ وما هو المعيار المتبع في تقدير الاستحالة المطلقة؟ وهل هناك أنواع خاصة من الاستحالة التي يتعرض لها الأطراف يمكن أن تختلط بالاستحالة المطلقة محل الدراسة.

الفرع الأول

مفهوم فكرة الاستحالة المطلقة وتمييزها عن الأفكار المشابهة لها

في بداية هذه الدراسة لمدى تأثير القوة القاهرة على الالتزام العقدي فإنه يجب الوقوف أولاً على المفهوم الصحيح والمعنى الدقيق لفكرة الاستحالة المطلقة، فالاستحالة المطلقة هي الحالة التي تجعل المدين في موقف يستحيل معه أن ينفذ

التزامه سواء كان هذا الالتزام أداء عمل أو امتناع عن أداء عمل وفي هذه الحالة لا تكون للمدين أية أداة أو وسيلة يستطيع بها دفع هذا الحدث الذي أدى إلى الاستحالة وكذلك تنعدم قدرته على معالجة الآثار السلبية المترتبة على هذا الحدث[1] .

ونشير هنا أن الاستحالة المطلقة هي " أساس فكرة القوة القاهرة "كما يصفها البعض بل أن البعض يرى بأنها " العنصر الغالب في القوة القاهرة"[2]ويكاد يتفق الفقه وتتواتر أحكام القضاء على اشتراط الاستحالة المطلقة من ضمن الشروط اللازمة لتطبيق القوة القاهرة[3].

ومن أحكام محكمة النقض المصرية التي أخذت بفكرة الاستحالة المطلقة كأثر مميز للقوة القاهرة حكمها الذي ينص على " يشترط في القوة القاهرة التي ينقضي بها الالتزام، أن تكون أمراً لا قبل للمدين بدفعه أو التحرز منه، ويترتب عليه استحالة تنفيذ الالتزام استحالة مطلقة"[4].

أما عن تمييز فكرة الاستحالة المطلقة عن الأفكار المشابهة لها فإننا نشير هنا أننا لا حظنا فيما سبق أهمية فكرة الاستحالة في التنفيذ في تحديد حادث القوة القاهرة فلمسنا أيضاً اتفاق الفقه والقضاء في تطلب توافر الاستحالة المطلقة لتطبيق أحكام

---

1 **Laurent (.),** le droit civil international . t 1882.. p. 702.

2 **CORUN (G.).** Note sous. cour d' appel de Lyon. 8 Novembre 1979. et cour d' appel de paris. 4 juin 1980. RDT. Civ.. 1981 . p. 171 et s.

3 اكتفي القضاء الفرنسي في بعض الحالات على توافر حالة الاستحالة المطلقة لتطبيق أحكام القوة القاهرة دون اشتراط توافر الشروط الأخرى .

4 نقض مدني جلسة 1970/12/10 الطعن رقم 145 لسنة 36 قضائية السنة 21 ص 216

القوة القاهرة إلا أن الاختلاف يظهر في تحديد المقصود بالاستحالة وتمييزها عما يختلط بها من مصطلحات قانونية قريبه والسبب في ذلك كما يرى البعض هو" أن المحاكم تستخدم تعبيرات مختلفة دون الوقوف عندها لتمييز الاستحالة التي تعتبر الأثر المميز للقوة القاهرة".

ومن المصطلحات القانونية التي استخدمها القضاء[1] مصطلح

استحالة التخطي أو التجاوز	I nsurmontabilite
استحالة التجنب	I nevitabilite
استحالة الدفع أو المقاومة	I rresistabilite
استحالة التنفيذ	I mpossiblite d'execution

ودون الدخول في تفصيلات تلك المصطلحات[2] نشير هنا أن الاستحالة المطلقة محل الدراسة يجب أن يتوافر فيها أمرين أمر يتعلق بالحدث نفسه وهو استحالة التجنب أو الدفع والأمر الآخر هو استحالة تجنب النتيجة الضارة المترتبة على هذا الحدث وسوف نتناولها بشيء من التفصيل:

1) استحالة دفع وتجنب الحدث نفسه:

وهذه الاستحالة تتعلق بالحدث نفسه ويقصد بها هي الحالة التي تجعل المدين في موقف لا يستطيع فيه أن يمنع وقوع الحدث أو تجنبه حتى ببذل الجهد وهي تعني

---

1 وأشار أيضا إلى هذه المصطلحات د. شريف غنام مرجع سابق ص97

2 نلاحظ هنا أن الخلط بين تلك المصطلحات يرجع إلى تشابه تلك المصطلحات مع بعضها البعض وتشابه الوظائف التي تؤديها وكذلك تعدد المواقف والحالات التي أصدرت فيها الأحكام القضائية ، انظر في ذلك شريف غنام ، المرجع السابق

أن المدين ليس له القدرة على منع وقوع الحدث[1] فالحدث مستحيل في دفعه ، ولا يمكن تجنبه[2] ، وأن المدين قد استخدم كافة الوسائل المتاحة دون أن تكون لديه القدرة في منع الحدث من الوقوع.

ولكن هل هناك فارق بين استحالة الدفع واستحالة التجنب؟ أم أن المصطلحين مترادفين ويؤديان إلى نفس المعنى؟ للإجابة على هذا السؤال نسوق المثال التالي:-

لو تعاقد صاحب مصنع على تسليم البضاعة في وقت محدد ثم قدر أن حدث حريق في المصنع فإننا نكون أمام حدث لا يمكن دفعه ، ولكن لو قام صاحب المصنع بالمحافظة على البضاعة المخزونة في المصنع باتخاذ وسائل معينة أو قام بنقلها قبل أن تمتد ألسنة اللهب إليها فإننا في هذه الحالة نكون بصدد حادث يمكن تجنبه.

ولكن هل تطبق أحكام القوة القاهرة على الحدث الذي يمكن تجنبه ولا يمكن دفعه؟ أجابت محكمة استئناف باريس في حكمها الصادر سنة 1987 بسبب قضية متعلقة بهجوم على إحدى سيارات النقل وكانت هذه السيارة دون حراسه في حظيرة سيارات الطريق السريع حيث منع هذا الهجوم السائق من إتمام التزامه بعملية النقل المكلف بها، طالب السائق بفسخ العقد وإعفاءه من تنفيذ التزامه نتيجة وقوع هذا الحدث الذي لم يتمكن من دفعه وتطبيق أحكام القوة

---

1 **MABROUK (R.),** OP. cit., p. 86.
2 **LESGUILLONS (H.),**OP. cit., art., 430.

القاهرة، وعند عرض النزاع على محكمة استئناف باريس رأت المحكمة أن الهجوم على السائق الذي كان متواجداً بداخل المركبة المغلق بابها يعد مستحيلاً في دفعه ولكن لا تتوافر فيه استحالة التجنب وبالتالي لا يعد قوة قاهرة تخلصه من مسؤولية" .[1]

2) استحالة تجنب النتيجة الضارة للحدث:

هذه الاستحالة تتعلق بالنتيجة التي يرتبها وقوع الحدث حيث تعتبر الأثر المميز للقوة القاهرة وهي تجعل المدين في موقف لا يمكن فيه تنفيذ الالتزام الذي ابرمه من تلقاء نفسه ، ويطلق البعض على استحالة تجنب النتيجة الضارة للحدث استحالة التنفيذ وهي امتداد طبيعي للاستحالة الأولى وهي استحالة دفع وتجنب الحدث.

ولكن هل من الممكن تطبيق أحكام القوة القاهرة على الحدث الذي استحال دفعه أو تجنبه دون أن تكون هناك استحالة في التنفيذ أو في تجنب النتيجة الضارة لهذا الحدث، فلو أن صاحب المصنع المحترق في المثال السابق قد بذل جهده في تجنب احتراق المصنع إلا أن ألسنة النيران قد امتدت وأتت على البضاعة بأكملها ولكن ظل صاحب المصنع قادراً على تنفيذ التزامه نتيجة لامتلاكه مصنعاً آخر يقوم بصنع نفس البضاعة المتفق على تسليمها فإننا لا نكون بصدد استحالة في التنفيذ وبالتالي لا يمكن في هذه الحالة تطبيق أحكام القوة القاهرة طالما أن النتيجة

---

1 Cour d' appel de paris, 19 octobre 1987 , Bull. Transp., 1988 , p. 73.
CORUNU (G.), Note sous cour d' appel de paris, 4 juin 1980 , RTD. Civ., 1981 , p. 171

وأشار إليها أيضا شريف غنام مرجع سابق ص101

من الممكن تخطيها أو تجاوزها وكان هناك إمكانية للتغلب عليها insurmontables [1]

وفي بعض الحالات فإن استحالة دفع وتجنب الحدث لا تمنع من إمكانية علاج النتائج الضارة المترتبة على هذا الحدث ولا تضع المدين في موقف يستحيل معه تنفيذ التزامه بحيث يكون تنفيذ التزامه مرهقاً لا مستحيلاً ، ففي هذه الحالة لا تطبق أحكام القوة القاهرة ولا يعفى المدين من تنفيذ التزامه نظراً لعدم توافر الاستحالة المطلقة في تلك الظروف وبناءً على ذلك فقد قيل " أن الحرب وإن كانت حدثاً لا يمكن دفعه أو تجنبه من قبل المدين ، إلا أن نتائج هذه الحرب لا تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً في كل الأحيان"[2].

أولاً: الاستحالة المطلقة والاستحالة الجزئية

يكمن معيار التفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة الجزئية في أن الأولى تتميز بكونها استحالة كلية وجوهر التفرقة بين الاستحالة الكلية والاستحالة الجزئية في مدى وقوع المانع الذي أدى إلى استحالة على الأداء في ذاته فإذا وقع المانع، على الأداء كله اعتبرت الاستحالة في هذه الحالة استحالة كلية، ويفترض في هذه الحالة أن الأداء غير قابل للانقسام إلى أجزاء وغالباً ما يتعلق هذا الأداء بالتزام بإعطاء محله شيء معين بالذات فمثل هذا الالتزام غالباً غير قابل للانقسام بطبيعته، ومن أمثلة الاستحالة الكلية نشوب حريق في مصنع أتى على كل المواد

---

1 **MABROUK (R.),** OP.cit., p. 86.
LE ROY (D.), OP. CIT., 22.
2 **LARROUMET (Ch.),**OP.cit., p. 703 ; **ANTONMATTEI (P. – H.),** OP. cit., p.60.

والبضائع محل التعاقد قبل تسليمها[1] أو يكون هلاك تلك المواد نتيجة لقصف جوي[2] ويذهب الرأي السائد لدى القضاء الفرنسي على اعتبار الحريق قوة قاهرة طالما أدى هلاك المنشأة الصناعية بالكامل، بحيث يصبح صاحب العمل في حالة استحالة مطلقة لا يستطيع معها متابعة تنفيذ التزاماته العقدية بشكل مطلق.[3]

بالإضافة إلى ذلك فإن بعض المحاكم الفرنسية قد اعتبرت أن الإضراب الذي يؤدي إلى حدوث شلل كامل في الحركة التشغيلية داخل المصنع هو من قبيل الاستحالة الكلية التي تؤدي إلى فسخ العقد ، كما يخول صاحب العمل باتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لغلق المصنع أو المنشأة.

وفي هذا الخصوص أصدرت محكمة النقض الفرنسية[4] حكماً في 28 أكتوبر 1957 نقضت فيه حكماً لمحكمة الاستئناف كانت قد قضت فيه بمسئولية صاحب العمل دون التحقق من أنه قد أصبح في موقف يستحيل معه بالكامل أن يسيطر على موقع العمل ، وبالتالي لم يعد هو المسيطر على الدخول والخروج من وإلى مواقع العمل ، ولم يكن بوسعه نتيجة لهذه الاستحالة الكلية أن يستمر في نشاط المصنع الذي أصبح في معزل عنه وقد حدث كل ذلك رغم ما بذله صاحب العمل من جهد واحتياط ومحاولات جادة لوضع نهاية لهذا الإضراب.

---

1 للاستزادة حول هذا الموضوع انظر في ذلك
عبد الوهاب على بن سعد الرومي الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي مرجع سابق ص148 وما بعدها
2 قضية عمالية في 24 فبراير 1949 Bull civi عدد 1949/ 4/ 165 ص212
3 قضية عمالية في 12 يناير 1967 j.c .p1967 عدد 1967 / 4 / ص26
4 محكمة النقض الفرنسية في 28 أكتوبر 1957 قضية رقم 1958 / S / 88 والقضية مشار إليها أيضا في عبد الوهاب على بن سعد الرومي مرجع سابق ص150

وفي قضية مشابهة قضت محكمة النقض الفرنسية[1] على توافر الاستحالة الكلية في حالة صاحب العمل الذي أصبح في موقف يستحيل معه أن يكفل للعمال غير المضربين فرصة العمل داخل المصنع لأن المصنع قد تم احتلاله بالفعل بواسطة العمال المضربين وانتدبوا من بينهم جماعة لحظر دخول أي شخص إلى داخل المصنع.

فالاستحالة الكلية تتمثل في الالتزامات غير القابلة للانقسام بطبيعتها كالتزام المقاول في عقد المقاولة حيث لا يستطيع إلزام رب العمل باستلام منزل لم يكتمل بناءه بعد.

أما الاستحالة الجزئية فهي الاستحالة التي لا يقع فيها المانع على كل الأداء بل على جزء منه أو على بعض أجزاءه حيث يصبح الوفاء في الجزء الذي وقع عليه المانع مستحيلاً دون باقي الأجزاء .التي تظل ممكنة الوفاء.

فالاستحالة الجزئية يفترض فيها أن الأداء يكون قابلاً للانقسام إلى أجزاء ويكون كل منهما محتفظاً بنفس الكيف للأداء الكلي، فتنصب الاستحالة على جزء أو أجزاء منها دون باقي الأجزاء، وفي هذه الحالة يبقى للمدين مكنة تنفيذ سائر الالتزامات، ففي ظل الاستحالة الجزئية يقع على المدين واجب تنفيذ الالتزامات الممكنة.[2]

---

1 محكمة النقض الفرنسية - الغرفة العمالية - 6 أكتوبر 1971 رقم 1972 /23 .G. p j عدد 1973 / 23 173

2 هناك قاعدة فقهية تنص على أنه ما لا يدرك كله لا يترك كله .

ولكن نشير هنا بأن تنفيذ المدين لما تبقي من التزامات مرتبط بمصلحة الدائن، فإذا كان تنفيذ لمدين لجزء من التزاماته سيترتب عليه ضرر بالدائن فإن الالتزام الجزئي سينتفي تبعاً لذلك، كما أن هذا الأمر متروك لسلطة قاضي الموضوع التقديرية.[1]

أما عن واجب حسن النية في تنفيذ العقود فإنه يفرض على الدائن قبول الأجل الذي يطلبه المدين، كما يحق للمدين عدم الانصياع إلى طلب الدائن بالفسخ الكلي للعقد إذا ظل التنفيذ الجزئي للعقد مجزياً كما أنه لا يحق للدائن إجبار المدين على تقديم بديل عن الجزء الذي استحال تنفيذه حتى ولو كان ذلك في إمكانية المدين.[2]

ومن أمثلة الاستحالة الجزئية هي الحالة التي يقوم فيها بعض العمال بالإضراب في أحد المنشآت أو المصانع فيؤدي هذا الإضراب إلى إحداث نوع من الشلل في أحد أجزاء المصنع دون أن يؤثر في باقي أجزاء المصنع الذي تظل باقية في أدائها لعملها بشكل طبيعي أما إذا ترتب على هذا الإضراب الجزئي استحالة كلية في هذا التنفيذ كأن يمتد الإضراب الجزئي ليشمل جميع العاملين في المنشأة أو المصنع أو امتد إلى قطاعات غير مضربه وجعل التشغيل فيها مستحيلاً استحالة كلية[3] فإن الاستحالة الجزئية في هذه الحالة تتحول إلى استحالة كلية .

---

1 على القاضي أن يضع في اعتباره قابلية الأداء في التزام للانقسام إلى أجزاء بحيث يكون محتفظا بنفس الكيف في الأداء الكلي.

2 حسن على الذنون – النظرية العامة للفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني- رسالة الدكتوراه – كلية الحقوق جامعة فؤاد الأول 1946 مطبعة نهضة مصر ص 89

3 قضية عمالية في 27 أكتوبر 1976 . Bull civ عدد 1976 / 5 / 520 ص426

ويعتبر الإضراب الضمني من قبل أحد الورش غير المضربة تضامناً مع الورشة المضربة من قبيل الاستحالة الجزئية التي تتحول إلى استحالة كلية.[1]

ثانياً : الاستحالة المطلقة والاستحالة المؤقتة

لإسباغ الصفة المطلقة على الاستحالة محل الدراسة فإنه يجب أن تكون الاستحالة نهائية غير مؤقتة، ومعيار التفرقة بين الاثنتين يكمن في النظر إلى ميعاد زوال المانع الذي أدى إلى استحالةالتنفيذ، فإذا كان المانع بطبيعته غير قابل للزوال في المستقبل اعتبرت في هذه الحالة الاستحالة بأنها استحالة نهائية والتي تعتبر أحد صفات الاستحالة المطلقة في التنفيذ، أما إذا لاحت في الأفق بوادر احتمالات تشير إلى أن المانع الذي أدى إلى الاستحالة من الممكن أن يزول بعد فترة طويلة كانت أم قصيرة فإن الاستحالة في هذه الحالة في تعتبر استحالة مؤقتة.

ولتحديد الاستحالة من حيث كونها نهائية أو مؤقتة فإنه يجب الأخذ في الاعتبار نية أطراف العقد[2] وبناءً على ذلك فإن الاستحالة تعتبر نهائية إذا اتجهت نية الأطراف إلى فسخ العقد إذا طال أثرها في صنع الوفاء بالالتزام وذلك بالتأكيد إذا لم يطلب أي من المتعاقدين أن يبقى مرتبطاً بما التزم به مدة قيام المانع أما إذا كان طول مدة المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ لا يعتبر شيئاً أساسياً لكلا أطراف العقد فنكون بصدد استحالة مؤقتة ولا مجال لفسخ العقد.

---

1 قضية عمالية في 27 فبراير 1980 . Bull civ عدد 1980 / 5 / 187 ص141

2 انظر في ذلك **Radouant** . op cit p 271
وأيضا عبد الوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص161

ولتقدير الاستحالة من حيث كونها نهائية أو مؤقتة فإنه يجب عدم إغفال النظر إلى مدة تنفيذ العقد المتفق عليها فإذا استمرت الاستحالة لمدة تزيد عن المدة اللازمة لتنفيذ العقد أو كانت المدة المتبقية غير مجدية للأطراف فإننا نكون بصدد استحالة نهائية، لأن بقاء العقد يكون غير مجد أو غير مفيد طالما لا يمكن استئنافه بعد زوال المانع لوجود الأجل المتفق عليه.

ومن أمثلة الاستحالة النهائية موت المتعاقد إذا كانت شخصيته محل اعتبار في العقد أو إذا فقد أحد أعضائه أو قواه العقلية أو النفسية فالعقد كما يرى بعض الفقه[1] الذي لا يمكن أن ينفذ إلا من قبل المتعاقد شخصياً يخضع لشرط ضمني مؤداه أن هذا المتعاقد ينبغي أن يبقى على قيد الحياة ليتمكن من تنفيذ التزامه.

أما الاستحالة المؤقتة فهي الاستحالة التي تكون نتيجة مانع مؤقت من الممكن زواله بعد فترة قد تطول أو تقصر أي أن هذا المانع قد يمتد لفترة من الزمن ثم يزول ليتمكن الأطراف من استئناف تنفيذ العقد بعد ذلك.

ومن الأمثلة العملية للمانع الذي يؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد استحالة مؤقتة حالة هطول أمطار غزيرة تؤدي إلى إغلاق المصنع أو المنشأة بصفة مؤقتة، وكذلك في حالة صدور أوامر من السلطة العامة في بعض الأحيان أدت إلى إحداث نوع من الإعاقة في تنفيذ العقد بصفة مؤقتة كالقرارات الصادرة بوقف نشاط المنشأة لفترة معينة أو منع وصول المواد الخام الضرورية لتلك المنشأة.

---

1 **Winfield** ,(p.h.) Pollock's twelfth edition , stevens and sons : Principle of contract , London1946 p 234

ويعتبر مرض العامل من قبيل الاستحالة المؤقتة إذا كان مرضه سيمتد فترة معينة من الزمن ثم يزول كما يعتبر كذلك أيضاً حالة تفشي الأمراض والأوبئة بين عمال المنشأة وبناءً على ذلك فقد أدعى أحد المقاولين بأن أعماله قد تعطلت مدة خمسة وسبعين يوماً بسبب انتشار وباء الكوليرا بين العمال والفنيين.[1]

الفرع الثاني
معايير تقدير الاستحالة وشروط تطبيقها

لا يوجد مفهوم محدد لفكرة الاستحالة والسبب في ذلك هو اختلاف المعايير المتبعة عند تقديرها للاستحالة فالبعض أخذ بالمعيار الشخصي في حين اتجه البعض الآخر إلى الأخذ بالمعيار الموضوعي وسنتناول في هذا الفرع لتلك المعايير والشروط اللازمة لتطبيق الاستحالة .

أولاً : معايير تقدير الاستحالة

أ) المعيار الشخصي:-

يقوم هذا المعيار على الاعتداد بظروف المتعاقد الشخصي التي جعلت تنفيذه لالتزامه مستحيلاً، فالذي يأخذ بهذا المعيار ينظر إلى الوسائل المتاحة للشخص المتعاقد نفسه من حيث إمكانية هذه الوسائل في تفادي المانع الذي تعرض له العقد من عدمها.

---

1 نقض مدني مصري 1954 ج 3 جلسة 22 ابريل 1954

فإذا كانت الإمكانيات التي يمتلكها المدين قادرة على أن تجنبه الآثار الضارة للمانع أو الحدث الذي تعرض له العقد فإن الاستحالة لا تعتبر مطلقه أما إذا كانت الوسائل المتاحة لديه غير قادرة على القيام بهذا الدور فإن الاستحالة تعتبر مطلقة ونلاحظ بناء على ذلك بأن هذا المعيار غير ثابت نسبياً فالاستحالة التي تكون مطلقة عند أحد الأشخاص قد لا تعتبر كذلك عند شخص آخر وذلك بسبب أن الوسائل والإمكانيات المتاحة تختلف من شخص لآخر.

ب) المعيار الموضوعي:-

يعتبر هذا المعيار هو المعيار الذي يتفق عليه غالبية الفقه وأحكام القضاء في قياس الاستحالة التي يرتبها حادث القوة القاهرة [1] حيث لا يعتد هذا المعيار عند تحديده لفكرة الاستحالة بظروف المتعاقد الشخصية وإنما يقوم على أساس الاعتداد بقدرة الرجل المعتاد في ظل حدوث المانع، فهذا المعيار يفترض تواجد شخص معتاد في نفس الظروف التي يتعرض لها المدين ويتم قياس قدرة هذا الرجل على تفادي وتجنب الآثار الضارة للحدث الذي تعرض له العقد، فإذا كانت الوسائل المتاحة للشخص المعتاد قادرة على تجنب آثار الحدث الضارة - دون النظر لظروف المتعاقد الشخصية- فإن الاستحالة لا يمكن اعتبارها مطلقة أما إذا كانت الوسائل والإمكانيات المتاحة غير قادرة على تجنب آثار الحدث الضارة وأثرت في قدرته على تنفيذ الالتزام فإن الاستحالة تعتبر استحالة مطلقة.

---

1 **LARROUMYET (Ch.),** OP. cit., p.702 ; **MABROUK (R.),** OP.cit., p. 108.

ثانياً : شروط الاستحالة المطلقة

لتطبيق أحكام القوة القاهرة المتمثلة في فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين فإنه لابد من توافر شروط معينة في الاستحالة التي أثرت في قدرة المدين على تنفيذه لالتزامه وهذه الشروط هي:-

1) أن تكون الاستحالة المطلقة لاحقة لنشوء الالتزام

يعتبر هذا الشرط من الأمور المسلم بها فلا يمكن للاستحالة أن تكون سابقة على إبرام العقد والسبب في ذلك أن ذمة المدين لم تكن قد انشغلت أصلاً لتبرأ بعد ذلك. ونضرب بذلك المثال التالي، لو تعاقد شخصان على شيء على اعتبار أنه موجود فعلاً، ثم اتضح بعد ذلك على أنه غير موجود، أو هلك قبل نشوء الالتزام، لم ينعقد أصلاً وحتى لو كان الشيء قابلاً للوجود في المستقبل كما لو كان العقد عقد حواله حق ثم اتضح أن هذا الحق قد انقضى، أو كما لو كان العقد على بيع شيء اتضح أنه هلك قبل العقد.[1]

كما أن الاستحالة لا تقع على التزام تم الوفاء به فإذا ما تم الوفاء بالالتزام انقضى تبعاً لذلك فلا محل لوقوع الاستحالة.

2) أن تكون الاستحالة كلية ونهائية

لابد لتطبيق الاستحالة المطلقة أن تكون الاستحالة كلية أما إذا كانت الاستحالة جزئية فلا مجال لانفساخ العقد بل يترك للدائن الخيار مابين فسخ العقد أو تنفيذ ما أمكن من التزام.

---

1 عبد المنعم البدراوي – النظرية العامة للالتزامات الجزء الأول مصادر الالتزام 1989 - ص299

كما يشترط في الاستحالة المطلقة أن تكون استحالة دائمة نهائية أما الاستحالة المؤقتة فلا يترتب عليها فسخ العقد وإنما هناك آلية قانونية تسمى بوقف العقد سنتناولها في مراحل لاحقة من هذا البحث.

3) أن لا يكون هناك اتفاق مسبق على تحمل المدين تبعة الهلاك

فإذا اتفق المدين على تحمله لتبعة الهلاك الناشئ عن حدوث الاستحالة فإنه يكون في هذه الحالة بدور المؤمن لمصلحة الدائن ويتحمل بالتالي النتائج الضارة للقوة القاهرة، فالمدين حر في رسم حدود التزاماته التي تنشأ عن هذا التصرف القانوني[1] وبالتالي فلأي من الطرفين في تحمل تبعة الهلاك.

4) أن ترجع تلك الاستحالة إلى سبب أجنبي

يشترط في الاستحالة المطلقة التي أثرت في قدرة المدين على تنفيذ العقد وبالتالي أدى إلى تطبيق أحكام لقوة القاهرة المتمثلة في فسخ العقد وإبراء المدين، أن تكون الاستحالة بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، أما إذا كانت الاستحالة ناجمة عن خطأ المدين نفسه فلا مجال لإعفاء المدين من تنفيذ التزاماته الملقاة على عاتقه.

أما عن كيفية إثبات هذا الخطأ فهو يختلف باختلاف طبيعية الالتزام نفسه وفي هذا المعنى جاء حكم لمحكمة النقض المصرية أنه" **يكفي لقيام الخطأ في**

---

[1] وهذا يعتبر تكريسا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين،بشرط ان لا يكون العقد من عقود الاذعان لان الطرف المتعاقد يكون مجبر على الدخول في هذه العلاقة العقديه

المسؤولية العقدية ثبوت عدم تنفيذ المتعاقد لالتزاماته المترتبة على العقد، ولا ترفع عنه المسؤولية إلا إذا قام هو بإثبات أن عدم التنفيذ يرجع إلى قوة قاهرة أو لسبب أجنبي أو لخطأ المتعاقد الآخر".[1]

وسواء كان دور المدين ايجابياً كقيامه بعمل معين أدى إلى حدوث مانع تسبب في استحالة تنفيذ العقد أو كان دورة سلبياً كامتناعه عن أداء عمل تسبب بدوره في حدوث الاستحالة المطلقة، فالموقف السلبي من المدين يكون له نفس حكم الموقف الايجابي، فمتى ما كان للمدين يد في حدوث الاستحالة فإن أحكام القوة القاهرة لا تطبق ولا يعفى المدين بطبيعة الحال من تنفيذ التزاماته الملقاة على عاتقه.

الفرع الثالث

تطلب الاستحالة المطلقة في قرارات التحكيم التجاري الدولي

سنتناول في هذا المطلب لأهم القرارات الصادرة بشأن تطبيق أحكام القوة القاهرة وسنلمس من خلالها حرص المحكمين على إبراز شرط الاستحالة المطلقة في تنفيذ المدين لالتزامه كشرط لفسخ العقد وإبراء المدين عن طريق تطبيق أحكام القوة القاهرة، ونلاحظ مدى اتفاق جميع الأحكام الصادرة من قبل قضاء التحكيم التجاري الدولي في تطلب هذا الشرط أيا كان القانون الوطني الذي استند المحكم في حكمه على النزاع المطروح أمامه، ومن هذه الأحكام :-

* قضاء محكمة التحكيم لغرفة التجارة البولندية الصادر في 11 فبراير 1958 حيث تتلخص الوقائع الذي صدر فيها هذا التحكيم، بدعوى مقامه من مشروع عام

---

1 نقض 24 /3 /1986 الموسوعة الذهبية لحسن الفاكهاني ملحق رقم 7ص / 631

تابع لدولة ألمانيا الديمقراطية ضد مشروع عام بولندي، وذلك بسبب امتناع المشروع الأخير عن تسليم المشروع الألماني كميات من الفحم المتفق عليها في العقد المبرم بينهما نظراً لصدور قرار من الحكومة البولندية، تعدلت بمقتضاه خطة تصدير الفحم، وقد طلب المشروع الألماني من محكمة غرفة التجارة البولندية لتطبيق أحكام الشرط الجزائي المتفق عليه في العقد في حالة عدم التنفيذ، ولقد دفع المشروع البولندي الطلب المقدم ضده، وذلك عن طريق التمسك بالقرار الصادر من الحكومة البولندية بوصفة قوة قاهرة لا يمكن له دفعها، وتؤدي إلى إعفائه من كل مسؤولية ناجمة عن عدم التنفيذ.

ولقد قضت هيئة التحكيم في " **أن التصرف الصادر عن الحكومة البولندية يعد حدث خارجي غير متوقع يعد بمثابة قوة قاهرة بسبب استحالة المشروع البولندي من تنفيذ التزاماته استحالة مطلقة وتطبق بالتالي أحكام القوة القاهرة ويعفى المشروع البولندي من تنفيذ التزاماته**".[1]

الفرع الرابع

الاستحالة المطلقة في ظل وجود بديل للتنفيذ

تعتبر الاستحالة المطلقة في تنفيذ العقد أحد أهم الركائز التي يعتمد عليها عند تطبيق أحكام القوة القاهرة، ولكن هل يفسخ العقد ويبرأ المدين في ظل وجود بديل لتنفيذ العقد أم أن وجود البديل يحول دون توافر صفة الاستحالة المطلقة.

The settlement of foreign trade disputes in poland" Inter comp. L . Q . 1962 P. 1
Jakubouski:"806 مشار إليه في حفيظة السيد الحداد العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية دار الفكر الجامعي ص98

يجيب على هذا التساؤل قضاء التحكيم الذي يرفض تمسك المدين بالقوة القاهرة إذا كان باستطاعته تنفيذ التزاماته بأي وسيلة أخرى وإن كانت مرهقة مالياً أو إن هذا البديل سيترتب عليه التزامات جديدة[1] .

ومن هذه الأحكام:-

* **تحكيم** N.O.C.C / Libyan sun oil company

في نوفمبر 1980 أبرمت الشركة الوطنية الليبية للبترول مع شركة sun oil اتفاقا للبحث عن الحقول البترولية الجديدة، في ليبيا . وحدد هذا العقد المناطق التي يجرى فيها البحث، كما حدد برنامجا زمنيا للكشف عن البترول من خمس إلى عشر سنوات تبعا لمناطق البحث . وتعهدت sun oil بأن تقوم بكافة النفقات اللازمة، والتي قدرت بنحو 100 مليون دولار، وفي مقابل مساهمة sun oil في تمويل هذا العمل، اتفق الطرفان على حصولها على نسبة من الإنتاج المنتظر حدوثه.

ولقد اتفقت الأطراف على سريان القانون الليبي على العقد وعلى أن مدة سريان هذا العقد هي عشرون عاما.[2]

وإلى جانب هذه النصوص السابقة فإن العقد تضمن شرطا يتعلق بالقوة القاهرة.

ولقد بدأ سريان العقد في ديسمبر 1980 ، ولمدة 12 شهر.وفي ديسمبر 1981 أصدرت الولايات المتحدة قرارا يقيد من انتقال الرعايا الأمريكيين إلى ليبيا

---

1 **LE ROY (D.)**, OP. cit.. p.171; **LESGUILLONS (H.)**,OP. cit.,Lamy , art. 418. .

2 انظر في ذلك . د حفيظة السيد الحداد ، العقود المبرمة بين الدول والاشخاص الاجنبية دار الفكر الجامعي ص 100

ويلزمهم بضرورة الحصول على تصريح خاص من الجهات المعنية. وأيضا حث هذا القرار الشركات العاملة في ليبيا إلى استعادة مستخدميها منها.

ولقد أخبرت sun oil الشركة الليبية بهذه القرارات وأن هذه الإجراءات تجعل من المستحيل قيامها بالوفاء بتعهداتها اتجاه الشركة الوطنية الليبية في المواعيد المتفق عليها في العقد، وإنها ستتصل بهذه الشركة بمجرد أن تنتهي حالة القوة القاهرة الناجمة عن الإجراءات التي اتخذتها الحكومة الأمريكية.

كما أصدرت sun oil ، بعد ثلاثة أيام من هذا الإعلان الموجه إلى الشركة الوطنية الليبية، تعليمات إلى مقاول من الباطن أمريكي الجنسية أسندت إليه القيام بتنفيذ الأعمال الفنية، بوقف جميع العمليات حتى إشعار جديد.

وردا على ذلك، فإن الشركة الوطنية الليبية أعلنت أنها لا تعد السبب الذي تتمسك به sun oil ، من قبيل القوة القاهرة، وأن لا يحول دون إمكانية تنفيذها للعقد.
وبعد ذلك بأيام، اعتبرت الشركة الوطنية الليبية أن موقف sun oil يعد بمثابة انسحاب من العقد في مفهوم المادة 3-4 منه.

وفي 12 مارس 1982 اتخذت الولايات المتحدة الأمريكية إجراءات جديدة ضد ليبيا تقتضي ضرورة الحصول على تراخيص من أجل استمرار العمليات الفنية كتلك التي شرعت فيها sun oil في ليبيا وأيضاً بشأن تصدير البترول الليبي.

ولقد أوضحت sun oil للشركة الليبية الوطنية أن هذه القيود الجديدة تعد عاملا مؤكدا للقوة القاهرة.

وفي يونيو 1982 أبلغت sun oil الشركة الليبية برفض منحها الترخيص الذي تقدمت به، من أجل نقل التكنولوجيا إلى ليبيا، ولقد بنى هذا الرفض على أن العقد يتضمن نقل أمور تكنولوجيا على جانب استراتيجي هام.

ولقد ارتأت الشركة الوطنية الليبية أن sun oil يمكنها على الرغم من كافة الظروف السابقة الاستمرار في تنفيذ العقد المبرم بينهما.

وفي يوليو 1982 لجأت الشركة الوطنية الليبية إلى استخدام شرط التحكيم مدعية الإنهاء بالارادة المنفردة للعقد من جانب sun oil .

ولقد أصدرت محكمة التحكيم حكمها تمهيديا بإجماع الآراء في 31 مايو 1985 اعتبرت فيه أن القيود التي أصدرتها الولايات المتحدة على حرية مواطنيها في الانتقال والسفر إلى ليبيا، وكذلك القيود الواردة على الصادرات منها إلى ليبيا لا تشكل القوة القاهرة على نحو يعفى sun oil من تعهداتها المنصوص عليها في العقد المبرم بينها وبين الشركة الوطنية الليبية .

ولقد أعقب هذا الحكم حكماً نهائيا صدر في 23 فبراير 1987 وصدر هذا الأخير بأغلبية الآراء وانتهت فيه المحكمة إلى أن sun oil هي المسئولة عن عدم تنفيذ العقد وألزمتها بدفع مبلغ 20 مليون دولار إلى الشركة الوطنية الليبية كتعويض.

ولقد تعرضت محكمة التحكيم لتحديد ما هو المقصود بالقوة القاهرة.

فأبرزت أن العقد المبرم بين الطرفين وعلى الرغم من خضوعه للقانون الليبي الذي يتضمن نصا خاصا بالقوة القاهرة إلا أن العقد، كما هو مألوف في عقود الدولة، قام بتحديد القوة القاهرة كسبب للإعفاء من المسئولية الناجمة عن عدم تنفيذ العقد. فنص في المادة 22-1 ، على انه يعفى الطرف المتعاقد عن عدم التنفيذ أو التأخير في تنفيذ الالتزامات إذا كان ذلك مرجعه القوة القاهرة.

وتشمل القوة القاهرة على سبيل المثال Acts of God : Insurrection, riots, war وكل الظروف غير المتوقعة any unforesee circumstances والتصرفات التي تخرج عن سيطرة الطرف المتعاقد . كما نصت المادة 22-2 على أنه في حالة التأخير في تنفيذ العمليات الناجم عن القوة القاهرة، على نحو أثر على الوقت الذي يتعين في خلاله إنجازها وفقا لشروط العقد الماثل، فإن مدة هذا العقد، وكذلك الحقوق والالتزامات المتولدة عنه، تمتد إلى فترة زمنية مماثلة للفترة التي توقف فيها التنفيذ بفعل القوة القاهرة.

ولقد أثار الطرفان موضوع علاقة الشرط المدرج في العقد بالقانون الليبي الذي يحكم هذا العقد . ولقد تمسكت شركة sun oil بضرورة إعمال هذا الشرط دون الالتفات إلى القانون الليبي إذ أن هذا الشرط يضع نظاما استثنائيا على نصوص القانون الليبي regime derogatoire ، بينما تمسك الطرف الليبي بأن الشرط المتعلق بالقوة القاهرة، لا يعدل من الشروط القانونية المتطلبة للقوة القاهرة وفقا للقانون الليبي . فالقانون المدني الليبي يعرف القوة القاهرة بأنها: حدث خارجي

عن إرادة الشخص الذي يتمسك به، غير متوقع لحظة إبرام العقد، ويؤدي إلى استحالة تنفيذ العقد (مادة 322 من القانون المدني الليبي) .

ولقد تمسكت شركة sun oil بأن شروط إعمال القوة القاهرة وفقا للنص المدرج في العقد يتحقق بمجرد أن يكون عدم التنفيذ مرجعه ظرف غير متوقع يؤثر على تنفيذ العقد ولا يشترط أن يؤدي إلى استحالة التنفيذ .

وعلى الرغم من أن محكمة التحكيم قد أشارت إلى أن نص العقد المتعلق بالقوة القاهرة، يعبر فيه الرغبة في عدم الإشارة على نحو قاطع إلى الشروط القانونية المتطلبة لتوافر القوة القاهرة ، إلا أنها انتهت إلى أنه لا يوجد في الشرط المدرج في العقد ما يسمح بالتخفيف من الشروط التي يقتضيها القانون الليبي، والتي وفقا لها لا بد أن يكون الظرف الذي يتمسك به الطرف المتعاقد، يؤدي إلى استحالة حقيقة في التنفيذ على نحو مؤقت أو بصفة نهائية.

وإعمالا لنصوص القانون الليبي وللشرط المدرج في العقد انتهت المحكمة إلى أن الظرف الذي تتمسك به شركة sun oil تتوافر فيه بعض الصفات التي تجعل منه مشكلة تقترب من فكرة القوة القاهرة . فهو ظرف خارجي وغير متوقع، وذلك على الرغم من أن المشاكل بين الدولتين الليبية والأمريكية كانت قائمة لحظة إبرام العقد، إلا أنه لم يذهب مدها إلى حد التأثير على العلاقات التجارية بين دولتين في مجال البترول . [1]

---

1 لوكانت المشاكل بين الدولتين مؤثرة على العلاقات التجارية بينهما فان القوة القاهرة لاتطبق لان الحدث وقع قبل ابرام العقد

وعلى الرغم من أن الظرف الذي تمسكت به sun oil ظرفاً خارجياً وغير متوقع إلا أن المحكمة عند تقديرها لشرط أن يؤدي هذا الظرف إلى استحالة التنفيذ تساءلت عما إذا لم يكن أمام شركة sun oil وسيلة أخرى تمكنها من تنفيذ الالتزامات الناجمة عن العقد.

فالنسبة لأثر وقف منح تصاريح السفر لليبيا إلى رعايا الولايات المتحدة، وعلى الرغم من أن محكمة التحكيم كانت مدركة أن غالبية العاملين في الشركة من حاملي الجنسية الأمريكية، إلا أنها قدرت أنه كان يمكن للشركة تجاوز هذه العقبة عن طريق التعاقد مع رعايا لا يتمتعون بالجنسية الأمريكية للعمل في المشروع ولاسيما وأن هذا التصرف ما كان يتعارض مع نية الأطراف.

وبالنسبة للقيود الأمريكية على التصدير، والتي تحول دون إرسال شركةsun oil للعينات المطلوب تحليلها إلى معاملها في مدينة تكساس لهذا السبب، فإن المحكمة أشارت إلى أن sun oil كان يمكنها إرسال مثل هذه العينات للتحليل في أي مكان آخر ولاسيما وأن نصوص العقد المبرم بينها وبين الشركة الليبية لم تستلزم ضرورة الإرسال إلى معاملها في تكساس بل العكس هو الصحيح إذ أن العقد أطلق يد الشركة في استخدام ما تراه من وسائل فنية ملائمة في كل ما يخص العقد.

ولقد حرصت المحكمة على الإشارة على أن الشخص المعتاد يوجد في نفس الظروف التي تتمسك فيها شركة sun oil بالقوة القاهرة كان في وسعة أن يتغلب

عليه، على نحو يمكنه من تنفيذ العقد، إذ أن العقبة التي تعرضت لها sun oil عقبة من الممكن التغلب عليها.

وإزاء تخلف هذا الشرط الأخير من شروط تحقق حالة القوة القاهرة، وهو أن الحدث لم ينتج عنه استحالة التنفيذ، رفضت محكمة التحكيم موافقةsun oil فيما ذهبت إليه من توافر القوة القاهرة وألزمتها بتعويض الشركة الوطنية الليبية.

* وفي النزاع الذي نشب بين شركة ألمانية وبين مشروع يوغسلافي[1] امتنع قضاء التحكيم عن تطبيق أحكام القوة القاهرة معللاً بذلك رفضه للموقف السلبي قد يفضله المدين بدلاً من البحث عن وسائل وأساليب أخرى للتنفيذ وتتلخص وقائع القضية في اتفاق بين الطرفين على أن تلتزم الشركة الألمانية بتسليم أسطول من عربات النقل بالإضافة إلى تأمين عمليات صيانة لثلاثة مصانع مقامه في دولة عربية.

وبناءً على ذلك قامت الشركة الألمانية بتنفيذ الشق الأول من العقد المتمثل في تسليم الأسطول إلا أنها امتنعت عن تنفيذ الشق الثاني الذي ينص على إجراء عمليات الصيانة بحجة أن ممثليها من أصل إسرائيلي ولم يتمكنوا بناءً على أسباب سياسية من دخول الدولة العربية والقيام بأعمال الصيانة وذلك دفعاً لطلب التعويض الذي قدمه المشروع اليوغسلافي .

---

1 مشار اليه في شريف غنام مرجع سابق ص128

وعند عرض النزاع على هيئة التحكيم هذه الحجة بقولها " في رأي المحكمين، كان يجب على الشركة الألمانية أن تتخذ الإجراءات المناسبة للتأمين الفعلي للأثنتي عشرة عربة التي توجد الدول العربية وقت إبرام العقد وكما وجدت وسيلة لتخليص جمارك عربات الشركة X .. وكان يجب عليها أيضا أن تجد وسيلة لاحترام التزاماتها بتأمين خدمة الصيانة، قطع الغيار، الضمان، في مكان إنشاء المصانع، أو بإجراء اتفاق يلتزم بمقتضاه فني آخر بالقيام بالصيانة سواء عن طريق مشروع يوغسلافي أو مشروع من دولة عربية أخرى، كما فعلت بالنسبة إلى سائقي عربات النقل".[1]

وفي القرار الصادر في القضية رقم 1703 سالف الذكر، أشارت الهيئة إلى وجود البديل في التنفيذ سواء فيما يتعلق بالتمويل المالي للأعمال أو تأشيرات السفر المطلوبة لنقل العمال إلى مواقع العمل. فبالنسبة إلى النقطة الأولى الخاصة بالتمويل المالي للأعمال أكدت الهيئة على أن "....فيما يتعلق بالأمر الصادر من مكتب خدمة المدعي عليها ويخص التمويل المالي للأعمال، وافقت الهيئة على أن الاستمرار في التمويل المالي عن طريق هذا المكتب، كما هو منصوص عليه في اتفاق الائتمان، أصبح مستحيلا حتى صدور أمر مخالف وهو ما لم يكن قد صدر بعد. ومع ذلك، في رأي الهيئة، كانت هناك وسيلة مالية أخرى ممكنة أمام الأطراف ولا تحمل المدعي عليها أي ضرر في اللجوء إليها. ولم تثبت المدعي عليها أنها، وفقا لنصوص العقد، أعلنت المدعية بإرادتها في الاستمرار في تنفيذ العقد عندما وضعت المدعية تحت تصرفها وسائل مالية أخرى تمكنها من تنفيذ ما تبقى من التزامات وفقا لأحكام العقد...".

---

1 قرار غرفة التجارة الدولية القضية رقم 1782 لسنة 1973 المجموعة الأولى من القرارات ص230 - 231

أما بالنسبة إلى النقطة الثانية الخاصة بتأشيرات سفر العمال فقد أوضحت الهيئة البديل الذي كان من الممكن أن يتبعه المدين للحصول على هذه التأشيرات بقولها"...**وفي الجانب المتعلق بالتأشيرات هناك إمكانية أخرى لتجنب صعوبات تنفيذ العقد، تتمثل في تكوين فريق عمل يضم أشخاص يحملون جنسية دول ليست محل اعتراض من جانب دولة المدعي عليها ".**

وقد أدت هيئة التحكيم الموقف السلبي الذي التزمه المدين اتجاه عقبة التنفيذ الذي قابلته في موضوع تأشيرات السفر بقولها " **لا يستنتج من الأدلة المتقدمة أن المشروع المدعي عليه، باستثناء الطلب الشفوي المقدم من السيد...للحصول على التأشيرات المطلوبة والذي تم رفضه في الأيام التالية للأعمال العدائية، أنها قد بذلت مجهودات جادة في سبيل الحصول على هذه التأشيرات ... وتوجد أدلة تؤكد أنه لو كانت قد بذلت هذه المجهودات لكان من الممكن أن تحصل على التأشيرات المطلوبة".**[1]

وتطبيق آخر نقابله في القرار الصادر من غرفة التجارة الألمانية عام 1976. وقد تعلق النزاع بالتأخير في تسليم آلات حاسبة. وقد برررت الشركة البائعة هذا التأخير بالصعوبات التي واجهتها في نقل هذه الآلات. رفضت المحكمة هذه الحجة وأكدت أنه " **يجب أن يثبت المدعي عليهم، ليس فقط أن هناك تعطيلا في**

---

1 القرار السابق الإشارة إليه
وأشار إليها أيضا شريف غنام مرجع سابق ص128

المرور، ولكن أيضاً أنه لم يكن من الممكن تعديل طريقة النقل إلى طريق السكة الحديد ولا إلى طريق آخر بعد التفاوض مع المشتري".[1]

ولكن ماذا لو أن المدين لم يتوانى في البحث عن حلٍ بديل لتنفيذ التزاماته وقام بكافة الجهود المطلوبة ؟ فهل تطبق أحكام القوة القاهرة ويعفى من التزامه ؟ بالتأكيد لن يتردد قضاء التحكيم من تطبيق ذلك حيث نكون أمام استحالة حقيقية في التنفيذ .

وهذا ما قضت به فعلاً هيئة التحكيم في القرار الصادر بجلسة 24 يوليو 1985. فقد فصلت المحكمة في طلب التعويض التي قدمته لجنة تابعة لدولة آسيوية ضد شركة تابعة لدولة أوربية لعدم تنفيذ هذه الأخيرة التزاماتها بإنشاء مصنع للوقود النووي في الدولة الآسيوية حسب الاتفاق الذي تم بين الطرفين. احتجت الشركة التابعة للدولة الأوربية بالقرارات الصادرة من السلطات المختصة في دولتها والتي تمنعها من عمل أية ترتيبات أو تقديم وثائق أو أجهزة أو خدمات للدولة الآسيوية وأن هذه القرارات تعد حالة قوة قاهرة تبرئها من المسئولية عن عدم التنفيذ.

وافقت الهيئة على هذه الحجة وأشارت في قرارها إلى المجهودات التي اتخذتها الشركة لمحاولة تنفيذ التزامها، وأكدت أن الأمر لا يتعلق بإهمال منسوب إليها، ولكنه يتعلق باستحالة حقيقية في التنفيذ. وأوضحت الهيئة أن " **قرار الحظر يعتبر أمرا لا يمكن تفاديه أو مقاومته؛ لأن الشركة لا تستطيع التغلب عليه إلا بأحد**

---

1 قرار تحكيم غرفة التجارة الخارجية بألمانيا ، القضية رقم 234/ 74 في 24 يونيو 1976 ، مشار إليه في شريف غنام مرجع سابق

طريقتين : أن تعصي الأمر وتستمر في التنفيذ أو أن ترفع دعوى أمام القضاء لإلغاء قرار الحظر. وكلا الأمرين غير ممكن؛ لأنه من ناحية، حتى ولو أعدت الشركة الآلات والمواد المشعة المطلوبة، فإنها لن تستطيع أن توصلها إلى الطرف الآخر أمام عقبة التصدير. ومن ناحية أخرى فإن الدعوى القضائية – على نحو ما أفتى به بعض أساتذة القانون – كان من المتوقع أن تخسرها الشركة. وهذا يدل على تعقد الموضوع.فإذا أضيف إلى ذلك أن مراقب الحكومة منع الشركة من إقامة دعوى للطعن في هذا القرار، فأنه لا يمكن القول بأن الشركة اتخذت موقفاً سلبياً وإنما حاولت تفادي هذا القرار ولكنها عجزت عن ذلك".[1]

وبمراجعة قرارات التحكيم الصادرة برفض التمسك بالقوة القاهرة لوجود بديل آخر في تنفيذ العقد نجدها تشير إلى التزامات ذات طبيعة معينة وهي الالتزامات القابلة للتغير والتبديل دون أن يترتب على هذا الاستبدال أي تغيير في جوهر ومضمون العقد فاستبدال العمال عمال بناء في شركة مقاولات بعمال آخرين من جنسية أخرى وبنفس الكفاءة لن يغير ذلك في مضمون العقد أو يؤثر في طبيعته أو فحواه.

إلا أن هناك من الالتزامات ما يستحيل معها البحث عن بديل كالالتزامات التي تكون فيها شخصية المتعاقد محل اعتبار أو الالتزامات التي يراعى فيها تنفيذ العقد مدة معينة من الوقت والتي بفواتها لا يتحقق الغرض من العقد[2].

---

1 المرجع السابق

[2] المرجع السابق.

ويرى البعض أن اتفاق الأطراف على تنفيذ عقدهم وفق طريقة معينة تم الاتفاق عليها سلفاً وتتناسب مع مصالحهم لا يخول للمدين إحلال وسيلة أخرى عند استحالة تنفيذ الأولى وكذلك لا يجبر الدائن على قبول الوسيلة الجديدة في ظل عدم إمكانية تنفيذ الوسيلة المتفق عليها وبناءً على ذلك يرى أنصار هذا الرأي بضرورة تطبيق أحكام القوة القاهرة حتى في ظل وجود بديل للتنفيذ[1].

إلا أن واقع قضاء التحكيم يرفض الانصياع لتلك الحجج طالما أن الحل البديل سيؤدي الغرض من العقد ويتضح ذلك جلياً من خلال العرض السابق لقضاء التحكيم في هذا الشأن وقد أخذ بذلك رغبة منه في المحافظة على العقود الدولية لما تمثله هذه العقود من أهمية اقتصادية . وما ينجم عن الفسخ من خسائر فادحه.

---

[1] المرجع السابق.

المبحث الثاني
شرط الطوارئ "clause de hard ship" في عقود التجارة الدولية

عالجت القوانين والتشريعات الوطنية مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقود الداخلية حيث أوجدت بعض الأنظمة آليات قانونية معينة ساهمت في حماية الأطراف المتضررة جراء تغير الظروف والتي أدت إلى الإخلال بالتوازن العقدي equilibre contractuelle l حيث عرفت الكثير من القوانين نظرية الظروف الطارئة thearie de l imprevision وهي الحالة التي تجعل تنفيذ العقد مرهقاً لأحد الأطراف دون أن يكون هناك استحالة في تنفيذه.

وقد تباينت الأنظمة الداخلية في معالجاتها لمشكلة الظروف الطارئة، حيث أجاز القانون المصري[1] تعديل العقد عند تعرضه لهذه الظروف، وكذلك القانون الإماراتي، في حين أكتفي القانون الفرنسي بالعقود الإدارية وامتنع عن المساس بالعقود المدنية.

إلا أن فقه التجارة الدولية رأى بأن تطبيق الحلول التي أتت بها الأنظمة الداخلية في معالجتها لمشكلة تغير الظروف changment d circonstance قد لا تتوافق مع عقود التجارة الدولية صحيح أن تغير الظروف تجد تأثيرها على العقود الدولية والداخلية على حد سواء إلا أن حجم المشكلة بالنسبة للعقود التجارية الدولية تكون في العقود الداخلية فعقود التجارة الدولية غالباً ما تبرم لمدة

---

1 بالرجوع إلى الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، فإنه إذا توافرت شروط نظرية الحوادث الطارئة وطلب المدين من القاضي تطبيقها ، وجب على القاضي إعمال نظرية الحوادث الطارئة .
مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ج2 ص284.

طويلة قد تصل لعشرات السنين الأمر الذي يجعلها عرضة للتغيرات الاقتصادية والسياسية وحتى التغيرات الطبيعية التي قد تؤثر عليها بشكل مباشر ومن جانب آخر فقيمة هذه العقود وأهميتها الاقتصادية تفوق بكثير قيمة العقود الداخلية والتي تختلف عن ما هو معروف في الممارسات الدولية.

ففي عقود التجارة الدولية جاء شرط الطوارئ hard ship مرادفاً لنظرية الظروف الطارئة المعمول بها في الأنظمة الوطنية الداخلية.
ويختلف شرط الطوارئ hard ship عن القوة القاهرة في أن الأخير يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً في حين أن شرط الطوارئ يتم تطبيقه إذا ما كان هناك تغير جذري في التزامات المتعاقدين بحيث أدى هذا التغير إلى حدوث اختلاف غير عادل في التوازن العقدي مما جعل تنفيذه مرهقاً بشكل كبير لأحد أطراف العلاقة التجارية الدولية والنتيجة التي تترتب على تطبيق شرط الطوارئ في عقود التجارة الدولية هي إعادة التفاوض بين الأطراف بغية الوصول إلى طريقة يتم بها تعديل العقد لرفع الضرر والإرهاق الذي يتحمله أحد الأطراف نتيجة وقوع هذا الحدث.

وقد اكتسب شرط الطوارئ أهمية كبيرة نتيجة لحسمه لمسألة الأخذ لنظرية الظروف الطارئة، خصوصاً في الأنظمة التي لا تأخذ بنظرية الظروف الطارئة كالقانون المدني الفرنسي[1] والسبب في ذلك يعود إلى الطابع الإتفاقي الذي يتميز به شرط الطوارئhard ship والذي يمكن الأطراف من ملائمة العقد مع كافة التغيرات التي قد تؤثر في تنفيذه.

---

1 حسبو الفزاري مرجع سابق ص 98

وقد ابتدع المتعاملون في عقود التجارة الدولية الكثير من الآليات القانونية التي تكفل لهم تعديل عقودهم الدولية كلما تعرضت لتغير في الظروف بعد إبرامها عن طريق تزويد عقودهم بشروط تحدد الأخطار التي توجب التعديل عند حدوثها "كشرط تغير القيمة وفقاً لمؤشر معين أو أكثر[1]

"la dause d' indexation"

" وشرط بقاء القيمة رغم تغير الظروف المالية أو أية ظروف اقتصادية "

"La clause d echelie mobile"

إلا أن هذه الشروط عيب عليها أنها لم تكن تستوعب جميع الأخطار حيث اقتصرت في الغالب الأعم على الأخطار المالية بالإضافة إلا أنها كانت تتسم بالتعقيد الشديد الأمر الذي أدى إلى انصراف المتعاملين في عقود التجارة الدولية عنها.[2]

لكل تلك الأسباب جاء شرط الطوارئ "clause de hard ship" ليمنع إنهاء العقود التجارية الدولية قبل بلوغ الغاية منها ولمعالجة الآثار السلبية الناجمة عن تغير الظروف

.changement de Circons tance

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص 84

2 **Sisard** , clagdjlause de maintien de la value dans les transaction international les , clunet 1975 p247

المطلب الأول
مفهوم شرط الطوارئ

"هو الشرط الذي يدرجه أطراف العلاقة التجارية الدولية حيث يتفقون فيه على إعادة التفاوض بغرض ملائمة العقد عندما تقع أحداث معينه ذات طبيعة خاصة ، يحددها الأطراف في العقد ، سواء تم إدراجها في شروط العقد أم في اتفاق منفصل وبحيث تكون هذه الأحداث خارجة عن إرادة الأطراف وتوقعاتهم عند إبرام العقد وأن تؤدي هذه الأحداث إلى الإخلال بالتوازن العقدي والإضرار بأحد الأطراف عند التنفيذ"[1] .

الفرع الأول
اختلال التوازن العقدي كأثر مميز لحالة شرط الطوارئ hard ship

إذا كانت استحالة تنفيذ العقد هي الأثر المميز للقوة القاهرة وما يترتب عليها من وقف تنفيذ العقد أو فسخه وإبراء المدين عند عدم الجدوى من استخدام وسيلة الوقف فإن اختلال التوازن العقدي هو ما يميز شرط الطوارئ الـ hard ship عن القوة القاهرة وهذا الاختلال هو الذي يمكن الأطراف من إعادة التفاوض وملائمة شروط العقد وفقاً للمتغيرات المستجدة .

---

1 **OBEID (G.),** Le calcul du prix dans les contrats internationaux, th.,montepellier l,1990, p.254;**GOLDMAN (B.)** La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrageinternationaux: realite et perspectives,jdi,1979,p.488;**ABDUL MUNIM H.(A.).**Laprotection de l'acheteur dans la vente de merchandises en droit du commerce international, th.,rennes l, 1991,p.357.

وللوقوف على المعنى الصحيح لمفهوم الاختلال فإننا نشير هنا أن المفهوم الإتفاقي لشرط الطوارئ يعطي مساحة واسعة لأطراف العلاقة التعاقدية في التعبير عن اختلال التوازن الذي سيمكنهم من إعادة التفاوض كنتيجة لتطبيق هذا الشرط .

حيث يحرص الأطراف على تحديد درجة معينة من الخطورة تصيب الظروف المحيطة بالعقد المبرم والمراد تنفيذه بحيث تؤدي هذه الخطورة إلى اختلال في توازن العقد وبالتالي تطبيق شرط الطوارئ الذي يسمح لهم بإعادة التفاوض وتعديل شروط العقد فاختلال التوازن يعد شرطاً ثابتاً وأساسياً لتطبيق شرط الطوارئ ، ويتجلى ذلك في حرص الأطراف على تطلب هذا الاختلال وتحديده بدقة وبشكل صريح كالشرط الذي ينص على أنه " **في حالة وقوف أحداث محيطة بالعقد من شأنها قلب الأساس الاقتصادي للعقد المبرم بحيث أدى إلى إرهاق لأحد الأطراف**"[1].

ويهدف تطبيق شرط الطوارئ إلى منع إجحاف أحد الأطراف وإرهاقه بسبب تغيرات الظروف وذلك عن طريق إعادة التوازن العقدي ، كما أن التغير الخارجي للظروف المحيطة بالعقد إذا لم يكن ذا تأثير مباشر على العقد ولم يؤدي إلى قلب التوازن العقدي أو الإخلال باقتصاد العقد فإننا لا نكون أمام ظروف تستدعي تطبيق شرط الطوارئ .

---

1 مشار إليها في ، **LE ROY (D.)**, op. cit., p. 54 .

وتشير مبادئ الـ unidroit في تعريفها لمفهوم ال hard ship في المادة 6-2-2 على أنه" يوجد ال hard ship عندما تقع أحداث تهدم بشكل أساسي توازن الأداءات ، إما لأن تكلفة تنفيذ الالتزامات ارتفعت ، أو لأن قيمة الأداء المقابل قد انخفضت"[1] وكذلك الشرط النموذجي الذي أعدته غرفة التجارة الدولية فيما يتعلق بالظروف الطارئة والذي ينص في البند الأول من الاقتراحات المتعلقة بالظروف الطارئة على أنه " **في حالة وقوع أحداث غير متوقعة من الأطراف ، تعدل بشكل أساسي توازن العقد الحالي وتؤدي إلى وقوع أعباء غير عادلة لأحد الأطراف أثناء تنفيذ التزاماته التعاقدية** ".

ولكن إذا كان اختلال التوازن يمثل مرحلة وسطاً مابين استحالة التنفيذ التي تؤدي إلى فسخ العقد والتغير البسيط في الظروف التي قد تؤثر في العقد ولكنها لا تؤدي إلى إرهاق المدين، فإنه لابد من الوقوف على المخاطر العادية التي قد تؤدي إلى أحداث نوع من التغير البسيط الذي لا يشكل إرهاقاً لأحد الأطراف ولا يمكن معه تطبيق شرط الطوارئ.

إن الهدف من تطبيق شرط الطوارئ ال hard ship في عقود التجارة الدولية هو الحفاظ على هذا النوع من العقود وحماية لأطرافها نتيجة لتغيرات الظروف التي قد يتعرض لها العقد الدولي بسبب طول مدة تنفيذه، لذلك اعتبر أن اختلال التوازن هو الأساس الذي يبني عليه شرط الطوارئ إلا أن أي عقد داخلي أم

---

1 أنظر الماده 6-2-2 من هذه المبادئ

دولي على السواء عرضه لهذا التغير والذي قد يكون في كثير من الأحيان بسيطاً غير جوهري ولا يؤدي إلى إرهاق أحد الأطراف .

فارتفاع أسعار مواد البناء ارتفاعاً عادياً لا يكفي للقول بأننا بصدد اختلال واضح في التوازن العقدي [1] وأنه لا يجوز لمقاول البناء في هذه الحالة المطالبة بتطبيق شرط الطوارئ فالمخاطر العادية التي تقع في نطاق توقع الأطراف عند إبرام العقد يجب عليهم تحملها في سبيل تنفيذ العقد واحتراماً لقدسية مبدأ العقد شريعة المتعاقدين [2] كما أن مجرد التغير في الظروف الذي يؤدي إلى زيادة التزام أحد الأطراف أو انخفاض هذه الاستفادة للمتعاقد الآخر لا يؤدي إلى تطبيق شرط الطوارئ وإنما يعتبر من قبيل المخاطر العادية .[3]

وبناءً على ذلك اعتبرت هيئة التحكيم أن **" ارتفاع أسعار البترول بين الموردين لا يكفي لتطبيق شرط الطوارئ الذي يلزم أن يحدث اختلالاً جذرياً وكبيراً في توازن العقد ".**[4]

وتقوم فكرة استبعاد المخاطر العادية من تطبيق شرط الطوارئ على أساس وجود واجب حسن النية التعاقدي الذي يجب أن يسود العلاقات العقدية ، فحسن النية يلزم جميع الأطراف تحمل جزءاً من مخاطر العقد طالما أنها لم تجاوز الحد

---

1 درج القضاء في دولة الإمارات العربية المتحدة على اعتبار أن الزيادة من عشرة إلى عشرين في المئة من الزيادات المتوقعة في السوق والتي يجب على المقاول وضعها في اعتباره عند إبرام العقد .

2 **LESGIL LONS (H.),** op. cit., art.398.

3 **PICOD (Y.),** Le devoir de loyautedansl" execution du contrat , these LGDJ, 1989., p. 225.

4 قرار تحكيم غرفة التجارة الدولية في القضية رقم 3952 لسنة 1982 وارد في **Werner Melis**, Force majeure and Hardship clauses., OP.cit., p. 221. مشار إليه في شريف غنام ، المرجع السابق.

المعقول، أما القول بتعديل العقد عند حدوث تغير بسيط في الأداءات فهو مما يخالف مبدأ حسن النية .

الفرع الثاني
طرق التعبير عن اختلال التوازن العقدي

أعطى المفهوم الإتفاقي لشرط الطوارئ (hard ship) حرية كبيرة لأطراف العلاقة التعاقدية في وسيلة التعبير عن مفهوم اختلال التوازن الذي يتطلبه هذا الشرط وتتنوع هذه الوسائل مابين وسيلة عامة في التعبير أو وسيلة خاصة وسنتناول هذه الوسائل بشيء من التفصيل .

أولاً : الوسائل العامة في التعبير عن اختلال التوازن العقدي[1]

في هذه الوسيلة لا يشير الأطراف إلى تغير عنصر معين في العقد كالثمن مثلاً وإنما يشيرون إلى الأثر الذي سيترتب على هذا الاختلال ، كاتفاق أطراف العقد على أن الحدث سيؤدي إلى اختلال في الاقتصاد العقدي[2] " Boulversement de I 'equilibre du" أو انقلاب في توازن العقد[3] "Boulversement I 'equilibre du" وكذلك قد يعبر الأطراف عن أثر اختلال التوازن بأنه سيؤدي إلى " انقلاب سيعدل بشكل كبير التوازن الأساسي للأداءات[4] profondement modifie I'equilibre mitial des في حين قد يتجه الأطراف إلى أن الاختلال سيؤدي إلى "تشديد الأداء لأحد الأطراف "[5] . aggravation de

---

[1] للاستزادة راجع في ذلك شريف غنام ، المرجع السابق.

2 **PHILIPPE (D.),** OP. cit., p. 252 et 253.
3 **OPPETIT (B.),** op. cit., p. 802.
4 **LE FICHANT (F.),** op. cit., p. 131.
5 **PHIL IPPE (D.),** op. cit., p. 223.

la prestation pour I une des parties وكذلك قد يكون التعبير بأن أثر الاختلال " سيؤدي إلى تكليف المدين بأعباء جوهرية ثقيلة "[1] charges sensiblement plus Lourdes

ثانياً : الوسائل الخاصة في التعبير عن اختلال التوازن العقدي[2]

في هذه الوسيلة فإن أطراف العقد يتفقون عل أساس أن تغير عنصر معين في العقد هو الذي سيؤدي إلى حدوث الاختلال في التوازن العقدي كتغير الثمن أو سعر النقد التي سينفذ بها العقد أو قد يشير الأطراف إلى تغير قيمة الفائدة حيث قد يتفق الأطراف على أنه " **عندما تكون قيمة الفائدة لا تتناسب مع التزامات المدين** "[3].

ويرى البعض أن الوسائل الخاصة في التعبير عن اختلال التوازن العقدي تجنب الأطراف الخلافات التي قد تنشأ عند تفسير المصطلحات العامة التي قد يستخدمها الأطراف مثل اختلال توازن العقد وغيرها من الصياغات العامة .

ويرى البعض ونحن من جانبنا نؤيده بأنه وإن كانت الوسائل الخاصة أكثر قدرة على تجنب الأطراف خلافات التفسير إلا أن الأمر يجب أن لا يؤخذ على إطلاقه فالاختلاف في التفسير قد يحدث حتى في الوسائل الخاصة فالاختلال الكبير بين قيم العملات المنصوص عليها في العقد والفائدة التي لا تتناسب مع الالتزامات الناتجة من العقد تثير صعوبات لا تقل في مستواها عن تلك التي يثيرها الاختلال

---

1 **BARBIERI (J. – J.),** vers un nouvel equilibre contractuel recherche d un nouvel equilibredes prestation dans la formation et I execution du contrat , these Toulouse 1981, p. 446.

[2] شريف غنام ، المرجع السابق.

3 **PHILIPPE (D.),**op. cit., p. 245.

في التوازن الأساسي للعقد أو تشديد أداء أحد المتعاقدين[1] ، فالعبرة إذن ليست باستخدام الوسائل العامة أو الخاصة وإنما بتحديدهم الدقيق للمفهوم الذي يقصدونه من الاختلال .

المطلب الثاني
معايير تقدير الاختلال

يوجد هناك عدة معايير لتقدير الاختلال الذي يصيب التوازن العقدي ، فهناك المعيار الموضوعي وهو المعيار الذي ينظر إلى شروط الصفقة وحدها دون النظر إلى مجموع ثروة المدين أما المعيار الشخصي فهو المعيار الذي يعول بالدرجة الأولى على ظروف المدين الشخصية وهناك المعيار المختلط الذي يقوم على أساس تطبيق متتابع للمعيارين الشخصي والموضوعي .

أولاً : المعيار الموضوعي

ويأخذ بهذا المعيار أستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهوري حيث يرى بأن الإرهاق الذي يقع فيه المدين من جراء الحادث الطارئ معيار مرن ليس له مقدار ثابت ، بل يتغير بتغير الظروف [2]. فما يكون مرهقاً لمدين قد لا يكون مرهقاً لمدين آخر . وما يكون مرهقاً لمدين في ظروف معينة قد لا يكون مرهقاً لنفس المدين في ظروف أخرى . والمهم أن تنفيذ الالتزام يكون بحيث يهدد المدين بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي ، فالتعامل في حقيقة الأمر هو عبارة عن مكسب وخسارة .

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص150
2 عبد الرزاق السنهوري الوسيط مرجع سابق

وإرهاق المدين لا ينظر فيه إلا للصفقة التي أبرم في شأنها العقد . فلو أن المدين تهددته خسارة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، كانت الخسارة فادحة حتى لو كانت لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروته . نعم إن ثروة المدين تكون إلى حد معين محل اعتبار في تقدير الخسارة الفادحة ، فمن كان فقيراً كانت خسارته فادحة ولو لم تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة ، ومن كان ثرياً وجب أن تبلغ الخسارة الفادحة بالنسبة إليه أضعاف الخسارة المألوفة ، ولكن حساب الخسارة يقتصر فيه على الصفقة التي أصبحت مرهقة ، فتنسب الخسارة إلى هذه الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين . فإذا تعاقد الفرد مع الحكومة ، وكان له أن يتمسك قبلها بنظرية الظروف الطارئة إذا توافر شروطها بالنسبة إليه ، فللحكومة أيضاً أن تتمسك قبله بهذه النظرية إذا كانت الصفقة التي عقدتها تهددها بخسارة فادحة بالنسبة إلى الصفقة في ذاتها ، ولا يعتد بأن الحكومة لا يرهقها أن تتحمل هذه الخسارة إذ هي شيء هين بالنسبة إلى ميزانيتها الضخمة . بل إن الإرهاق لا ينتفي حتى لو كان المدين قد أسعفته ظروف مواتية لا تتصل بالصفقة التي أصبحت مرهقة في ذاتها . فإذا التزم تاجر بتوريد قمح ، وخزن منه كميات كبيرة دون أن يتوقع علو السعر ودون أن تكون هناك صلة بين هذا التخزين وبين التزامه بتوريد القمح ، ثم علا سعر القمح الحادث طارئ أضعافاً مضاعفة ، جاز له أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة لتوافر شروطها الطارئة في الصفقة التي أبرمها . أما المكسب الذي يجنيه من القمح المخزون لعلو السعر فيكون له هو ، ولا شأن للدائن به . ومن ثم نرى أن الإرهاق معياره موضوعي بالنسبة إلى الصفقة المعقودة ، لا ذاتي بالنسبة إلى شخص المدين .[1]

---

1 المرجع السابق

أي أن الضرر في هذه الحالة يقاس بمعيار مجرد حيث يقيس الاختلال على ضوء التوازن الأساسي للعقد كما توقعه رجل معتاد موضوع في نفس ظروف المدين الذي تأثر التزامه نتيجة لاختلال التوازن .

وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية " **... وما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صيغة مادية ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتي أو شخصي وإنما جعل معيارها موضوعياً** "[1].

ونحن من جانبنا نرى بأن إغفال العوامل الشخصية عند تقدير الضرر الذي يترتب نتيجة الاختلال ، يجعل تقدير الضرر غير دقيق فالعوامل الشخصية ذات أثر مهم في تحديد الضرر فالقدرة المالية تختلف من مدين لآخر لذلك نرى من الإجحاف في حق الدائن تطبيق شرط الطوارئ إذا كان المدين موسراً ولم يتأثر بشكل كبير جراء تغير الظروف .

كما يرى البعض أن اختيار المعيار الموضوعي من جانب الأطراف قد يسبب مشاكل في التفسير من حيث الوقوف على مقصد الأطراف الحقيقي من اختلال التوازن[2] كالشرط الذي ينص على أن " **الاختلال سيعوق السريان العادي للاتفاق** [3]" وهذا الشرط بطبيعة الحال سيثير الخلاف حول تحديد ما يقصده الأطراف من معنى إعاقة السريان العادي .

---

1 نقض مدني في 1/7/ 1977 مجموعة أحكام محكمة النقض س 28 ص600 رقم 110

2 **FONTAINE (M.),** op. cit., p. 264.

3 **FONTAINE (M.),** op. cit., p. 264.

ثانياً: المعيار الشخصي :-

يقوم هذا المعيار على أساس ظروف أطراف العقد الشخصية أي أنه بطبيعة الحال يعول على ظروف المدين الشخصية فالإرهاق يكون شديداً لو أصاب المدين نفسه بخسارة فادحة [1]فأنصار هذا الرأي يرون أنه من الإجحاف ومن غير العدالة إلزام المدين بتحمل الضرر عند فقدان العقد لتوازنه جراء تغير الظروف حتى ولو كان بإمكان مدين آخر تحمل هذا الضرر لو وضع في موضع هذا المدين .

ومن أمثلة الشروط التي تأخذ بالمعيار الشخصي الشرط الذي ينص على أن **"إذا أدت التغيرات في الظروف إلى جعل التنفيذ الحالي للعقد يؤدي إلى نتائج غير عادلة بالنسبة إلى أحد الأطراف فإنه يكون بإمكان الأطراف من إعادة التفاوض لتعديل العقد وفقاً لتلك المتغيرات** [2]" وكذلك الشرط الذي ينص على **"يتم إعادة التفاوض إذا أدت تلك المتغيرات إلى تحميل المدين عبئاً غير عادل**[3]".

كما يتحدث الفقه وفقاً لهذا المعيار عن " **اختلال يؤدي إلى نتائج مختلفة بشكل أساسي عن تلك التي واجهها الأطراف عند إبرام العقد** " لذا فالمعول عليه في

---

1 انظر في ذلك الدكتور محمد عبد الجواد شرط الإرهاق في تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، مجلة القانون والاقتصاد س 33 العدد الرابع ص547

2 JDI , 1994 P. 1041

3 **FONTAINE (M.),** op. cit., p. 265.

هذا المعيار كما تشير الشروط التعاقدية هو مدى تأثر التزامات أطراف العقد بالاختلال في توازنه[1] .

ومن أكثر القرارات الصادرة في هذا الشأن والتي رجحت كفة المعيار الشخصي على المعيار الموضوعي القرار الصادر في القضية رقم 2508 لسنة 1976 حيث تتلخص وقائع القضية في أن إحدى الشركات أبرمت عقداً على تسليم كميات من الكربون وفق سعر تم الاتفاق عليه ، ثم حدث أن ارتفعت أسعار البترول في السوق ارتفاعاً كبيراً خلال فترة تنفيذ العقد ، الأمر الذي أدى إلى زيادة تكاليف إنتاج الكربون ، وهذه الزيادة ترتب عليها إرهاق الشركة الأولى عند تنفيذ العقد .

رفضت الشركة الأولى تنفيذ العقد وفقاً للسعر القديم على أساس أن تنفيذ العقد سيؤدي إلى إصابتها بخسائر فادحة نتيجة لارتفاع الأسعار وزيادة التكاليف .

وعند عرض النزاع على هيئة التحكيم ، رفضت الهيئة هذه الحجة على أساس أن ارتفاع الأسعار لن تصيب الشركة الأولى بضرر ، وتم قياس ذلك على أساس الظروف الاقتصادية للشركة الأولى ، وأن العقد لا يمثل إلا مقداراً ضئيلاً في حجم أعمال الشركة ، وفي ذلك قررت هيئة التحكيم بأنه **"لا بد من قياس حجم الضرر الذي تعرضت له الشركة للتأكد من أن ارتفاع أسعار البترول قد تسبب لها بنتائج ضارة "**[2].

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص158 الفقرة الثانية
2 المرجع السابق

ثالثاً : المعيار المختلط:-

يقوم هذا المعيار على أساس تطبيق متتابع للمعيار الشخصي والموضوعي معاً ويقسم أنصار هذا الاتجاه عملية تقدير الاختلال إلى مرحلتين تخضع كل مرحلة لمعيار مختلف عن المعيار الذي تخضع له المرحلة الثانية .

المرحلة الأولى : - مرحلة بيان التجاوز الذي حدث في قيمة الالتزامات عند تنفيذها مقارنة بقيمتها وقت إبرام العقد

يتم تقدير هذه المرحلة بمعيار موضوعي حيث يتعلق الأمر بعملية حسابية بحته يتم فيها طرح قيمة الأداء أو تكلفة وقت إبرام العقد من قيمته وتكلفته السوقية وقت التنفيذ ويمثل الفارق بين القيمتين التجاوز الذي حدث في الالتزامات .

المرحلة الثانية :- مرحلة بيان الإرهاق الذي تحمله المدين والذي يجيز للقاضي التدخل لرفعه

ويتم تقدير هذه المرحلة بمعيار شخصي حيث يتم في هذه المرحلة الزيادة المألوفة في التعامل من قيمة التجاوز الناتج من المرحلة الأولى ، و يمثل الفارق بينهما قيمة الإرهاق الذي أصاب المدين من جراء تنفيذ العقد ، وتتم هذه المرحلة وفقاً للمعيار الشخصي لأن تحديد ما هو مألوف في التعامل من عدمه يرجع فيه إلى المعيار الشخصي حيث يعتد بظروف المدين وقدراته المالية.[1]

---

1 انظر في ذلك
د . رشوان حسن رشوان ، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد مرجع سابق ص99- 520

ويمتاز شرط الطوارئ hard ship بكونه شرطاً اتفاقياً تعاقدياً خاصاً ، فيتوقف مضمونه على ما اتفق عليه الأطراف في عقدهم [1] حيث يعمل أطراف العلاقة التجارية الدولية على إدراج بند خاص في عقدهم يوضح بشكل تفصيلي مفهوم المتعاقدين لهذا الشرط ، ونوعية الأحداث التي ستدخل ضمن نطاق هذا الشرط وأهم الحلول التي سيأخذ بها الأطراف لتعديل أحكام العقد ولجعله يتمشى مع الظروف الجديدة ويزيل بالتالي عدم التوازن بين التزامات المتعاقدين بسبب هذه التغيرات [2].

وعلى خلاف ذلك فإن القوة القاهرة بمفهومها التقليدي تطبق بقوة القانون دون الحاجة إلى اتفاق الأطراف على تطبيقها .

ويتفق فقه التجارة الدولية على الصفة الاتفاقية لشرط الطوارئ hardship والأهمية التي تحتلها إرادة الأطراف في صياغة وتدوين أحكام هذا الشرط فهذا الشرط ليس له مفهوم خاص مستمد من أي نظام أو قانون وطني معين وإنما يعتمد بدرجه كلية على ما أتفق عليه أطراف العلاقة التجارية الدولية[3] فهي فكرة اتفاقية خالصة" purement conractuall ".

---

1 **PAULSSON(J.)**,L'adaptation du contrat, in" L'arbitre et le contrat",jornee d'etude,organisee a paris , le 12 janvier 1984 par la comite francaise de l'arbitrage,rev.arb.,1984,p.249.

2 **FONTAINE (M.)**, op. cit., p.229 ; **OPPETIT (B.)**, L'adaptation des contrats internationaux aux changeements de circonstances., op.cit., p.797; **FOUCHARD** (ph.),L'adaptation des contrats a la conjuncture economique, rev .arb.,1979,p.71.

3 **ULLMANN, (H.)**,Droit et pratique des clauses de hardship dans le systeme juridique American, RD.aff. int., 1988, p. 891 ; **MARTAY (L.)**,observation . in "Les problemes du long term", op. cit., p.157.

وطالما أن شرط الطوارئ hardship يعتمد على ما اتفق عليه الأطراف فمما لاشك فيه أن التطبيق الأمثل لهذا الشرط يعتمد بدرجة كبيرة على وضوح ودقة صياغة شروط تطبيقها[1] لذلك فإن الأطراف يقع على عاتقهم مسؤولية تحديد العناصر الأساسية التي يجب الاتفاق عليها تفادياً لحدوث الخلاف ولتأمين التطبيق الجيد له سواء كانت هذه الشروط محددة في صورة صياغات عامه أو صياغة خاصة محدده.

*** عناصر الاتفاق الأساسية :-**

أولا: تحديد نوعية الأحداث

يجب على أطراف العلاقة التجارية الدولية القيام بتحديد دقيق للأحداث التي من شأنها أن تؤدي إلى حدوث إخلال جسيم بالتوازن العقدي وبالتالي إخلال في توازن الآداءات بين الأطراف والذي يؤدي بدوره إلى إرهاق أحد المتعاقدين وبالتالي تطبيق شرط الطوارئ hardship فقد تكون هذه الأحداث سياسية كحدوث انقلابات عسكرية أو حروب أو اقتصادية كارتفاع اسعار المواد الأولية اللازمة للإنتاج وحدوث تضخم أو إغراق للأسواق المحلية والدولية [2]أو قد تكون هذه الأحداث بيئية كحدوث زلازل أو أعاصير ،فيضانات أو براكين والتي من شأنها أن تؤثر في إمكانية تنفيذ العقد التجاري الدولي.

---

1 **PAULSSON (J.)**, op. cit., p.249 ; **BARBIERI (J. - J.)**,op. cit.. p 465 ;**UYTVANCK(J. – V.)** le point de vue d interprises.op.cit., p 480.

2 **LE FICHANT (F.)**,L obligation de la partie faible dans les contrats internationaux , etude de conflict de lois these Strasbourg 1992, p.131.

ثانيا: تحديد المقصود باختلال التوازن العقدي والضرر

يجب على الأطراف في عقود التجارة الدولية تحديد المقصود باختلال التوازن العقدي نتيجة لتغير الظروف المحيطة بالعقد الدولي ، حيث أن هذا التحديد سيجنب التباين في تعريف المقصود بالاختلال[1] وبالتالي تحديد الضرر المترتب على هذا الاختلال في التوازن العقدي ومقدار هذا الضرر ونوعيته.

ثالثا: الاتفاق على مصير العقد في فتره حدوث الشرط

وتعتبر هذه النقطة أساسيه وتحديدها يجنب الأطراف الخلاف حول مصير العقد في فترة توافر شرط الطوارئ hardship فهل سيتم وقف تنفيذه لحين التوصل إلى اتفاق حول تعديل العقد بما يتناسب والمتغيرات الجديدة في الظروف ؟ أم سيلتزم الأطراف بتنفيذ الالتزام لحين الانتهاء من إعادة التفاوض ؟ وهل سيتم إعادة التفاوض بموجب حسن النية أو عن طريق التحكيم التجاري الدولي[2]؟ كما يجب على الأطراف الاتفاق حول مصير العقد في حال فشل المفاوضات وعدم التوصل إلى اتفاق بين المتعاقدين فهل سيتم فسخ العقد ويعفى الأطراف من التزاماتهم ، أو يحال الأمر إلى قضاء التحكيم لاتخاذ ما يراه مناسباً [3] ، كما يجب على الأطراف تحديد الحل المناسب إذا ما تبين سوء نية أحد الأطراف عند إعادة التفاوض.

---

1 **OPPETIT (B.),**contrats economiques internationaux,Les Hardship clauses,Dr.prat. com.int, 1975 ,p.501.

2 **UYTVANCK (J. –V.),**op. cit., p. 408.

3 **MOUSSERON (J.-M.),** Technique contractuelle, ed. Juridique Le Fedvre, 1988, p.549.

المطلب الثالث
فضل الطبيعة التعاقدية لشرط الطوارئ hard ship

يرى فقه التجارة الدولية بل يكاد يجمع على أن شرط الطوارئ هو أفضل ما توصل إليه الفن التعاقدي لتنظيم عملية مراجعة وتعديل العقد عند حدوث تغيرات في الظروف قد تسبب ضرراً أو إرهاق لأحد الأطراف[1].

ويختلف شرط الطوارئ hard ship عن نظرية الظروف الطارئة la theorie de I'imprevision بكونه شرطاً اتفق الأطراف عليه ، والطبيعة التعاقدية لشرط الطوارئ قدمت لنا نتائج هامه لابد من ذكرها.

أولاً:- القضاء على تردد النظم الوطنية في الأخذ بالنظرية

رأينا من خلال موقف الأنظمة الوطنية من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد التباين الواضح بين تلك الأنظمة في معالجة هذه المشكلة ، فتعديل العقد عند تغير الظروف يثير بلا شك تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، إلا أن بعض الأنظمة رفضت تطبيق نظرية الظروف الطارئة احتراماً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين كالقانون المدني الفرنسي والقانون البلجيكي[2] حيث ترى هذه الأنظمة أن الإنسان عبد لالتزامه pacta sunt servanda واحتراماً لقدسية العقد فهي تمنع القاضي

---

1 **CABAS(F.)**,Les clauses de Hardship. th..3 cycle.Montepellier I. 1981.p.21.
2 **HORSMANSI(G.)**,L'execution du contrat et le comportment des parties. RTD.civ.. 1979-1980.p.300

من التدخل لتعديل شروط العقد إذا اختل توازنه بسبب أحداث متوقعة وخارجه عن إرادة الأطراف.

وهناك بعض الأنظمة أجازت تدخل القضاء لتعديل بنود العقد دون وجود نص تشريعي بذلك ، كالقانون السويسري ، وقد استند هذا القضاء في السماح لنفسه بتعديل التزامات المتعاقدين جراء تغير الظروف على أساس مبدأ حسن النية والعدالة.[1]

في حين اعترفت بعض الأنظمة الوطنية بنظرية الظروف الطارئة وأجازت للقضاء بناءً على نص تشريعي التدخل لتعديل بنود العقد وإعادة التوازن العقدي بسبب تغيرات خارجية كالقانون المدني المصري الذي ينص في المادة 2/147 على أنه **" ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامه لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي وإن لم يصبح مستحيلاً صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحه،جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك".**

وبناءً على هذا النص نرى بأن القانون المصري قد أعطى للقاضي مكنة التدخل لتعديل التزامات المتعاقدين بغية رفع الضرر والإرهاق الذي تسببه تغيرات الظروف.

---

1 **LESGILLONS(H.),** op.cit., art.527.

إزاء هذا الاختلاف والتباين من قبل الأنظمة الوطنية في أخذها بنظرية الظروف الطارئة ومدى إعطاء القاضي السلطة في تعديل بنود العقد عند تقلب الظروف جاء شرط الطوارئ hard ship بصفته الاتفاقية ،والذي قضى على هذا التردد وأجاز للقاضي أو المحكم التدخل لتعديل التزامات الأطراف لرفع المغالاة والخسارة الفادحة التي قد يتحملها أحد أحدهم نتيجة لتغير الظروف ورد الالتزام إلى الحد المعقول،وحتى في المحاكم التي ترفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة فإنها تسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد وفقاً لأحكام شرط الطوارئ أو السماح للأطراف أنفسهم بتعديل بنود العقد.

ثانياً:- توسيع نطاق مراجعة العقد

الطبيعة التعاقدية لشرط الطوارئ أعطت نطاق أوسع لمراجعة العقد عن النطاق التي تعطيه نظرية الظروف الطارئة[1] فشرط الطوارئ يسمح للقاضي بمراجعة العقد وتعديل بنوده كما يعطي للأطراف الحرية في المناقشة الودية والتداول من أجل الوصول إلى أفضل الحلول التي تحقق مصالحهم.

أما نظرية الظروف الطارئة فنطاق تطبيقها يكاد يكون أضيق عنه في شرط الطوارئ ففي الأنظمة التي تأخذ بنظرية الظروف الطارئة وتسمح للقاضي بالتدخل لتعديل العقد فإنها تعطي للقاضي نطاقاً معيناً لا يستطيع الخروج عنه من حيث زيادة أعباء أحد المتعاقدين أو إنقاص الالتزام المقابل له،كما لا تعطي تلك الأنظمة للقاضي مكنة رفع الضرر بأكمله وإنما كل ما يقوم به القاضي هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول واضعاً في الاعتبار مصلحة المتعاقدين.

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص52

المبحث الثالث

المفهوم الحديث للقوة القاهرة

القوة القاهرة بمفهومها التقليدي ، ستؤدي بلا شك إلى انفساخ العقد وإبراء المدين، كما ستؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، خصوصا إذا كان الحدث الذي أعاق التنفيذ حدثا دائما غير مؤقت إلا أن المتعاملين في عقود التجارة الدولية ، ورغبة منهم في إضفاء بعض المرونة على هذا المفهوم القانوني الجامد، ولتحقيق نوع من التوسع لهذه الفكرة، لتشمل بعض الأحداث التي لا تشكل قوة قاهرة بالمفهوم الضيق للفكرة، إزاء ذلك ظهر مصطلح جديد يسمى القوة القاهرة الحديثة أو القوة القاهرة الاتفاقية، والتي تقترب كثيرا من شرط الطوارئ

وسنتناول في هذا المبحث أهم الأسباب التي أدت إلى هذا التوسع في مفهوم القوة القاهرة وذلك في المطلب الأول ثم نستعرض لأهم الآليات التي يتم عن طريقها توسيع فكرة القوة القاهرة وذلك في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة

نظراً للأهمية الاقتصادية الكبيرة التي عليها عقود التجارة الدولية لأطراف هذا النوع من العقود ، ونظراً لتأثير تلك العقود على الدول التابع لها أطراف العقد التجاري الدولي ، والذي يكون في غالب الأحيان شركه أو مؤسسه تابعة لدوله

من الدول العالم الثالث[1] تهدف من خلال هذا العقد إلى سد الحاجات الاجتماعية والاقتصادية للمجتمع أو تحقق أرباح من خلاله حيث يشكل هذا العقد جزء من الخطة الاقتصادية لهذه الدول والذي يبنى عليها الاقتصاد الوطني برمته[2].

و قد يكون الطرف الآخر في هذا العقد – وهو المورد – مشروع أجنبي ضخم يهدف من خلال هذا المشروع إلى تحقيق أرباح تتناسب مع رأس المال المدفوع، كما يمكنه نجاح هذا العقد الدولي في المحافظة على سمعته التجارية ومنافسة غيره من الشركات المنافسة له.

بالإضافة إلى أن هناك الكثير من العقود العملاقة تأخذها الدول في اعتبارها عند وضع خططها الاقتصادية أو جدولة ميزانياتها كعقود التنقيب عن النفط وعقود إنشاء وتعبير الطرق ومد السكك الحديد والتي تكلف هذه الدول مبالغ طائلة جراء تنفيذ أو عدم تنفيذ هذه العقود [3].

بالإضافة إلى ذلك فإن تأثير هذه العقود لا يقتصر على الدول التابع لها أطراف العقد التجاري الدولي بل يتعدى الحدود الجغرافية لهذه الدول ليمتد إلى الدول المجاورة لها حيث تتأثر اقتصاديات هذه الدول في حال إخفاق الدول المجاورة لها من تنفيذ عقودها الدولية ، فأي هزه بطبيعية الحال في اقتصاد أي دوله سيؤثر

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص 188

2 **VIROLE (J.),** Incidence des measures d' embargo., sur les contrats internationaux . Dr prat .com int 1981, p. 312.

[3] شريف غنام ، المرجع السابق

بلا شك على الدول المجاورة لها نظراً لوجود روابط وعلاقات تجارية بينهما مبني على العقد الدولي الذي لم ينفذ[1] .

إزاء كل ذلك نرى الاهتمام من قبل أطراف العقد التجاري الدولي في التمسك بتنفيذ العقد والحيلولة دون فسخه ، ورغبتهم في إنقاذ العقد والمحافظة عليه ، والحاجة الملحة إلى تأمين تنفيذ العقد وقد استشعر المتعاملون بالتجارة الدولية بصرامة المفهوم التقليدي للقوة القاهرة المعروف لدى الأنظمة الوطنية فقاموا بتحوير هذا المفهوم وتطويره [2]لذلك تطور مفهوم القوة القاهرة فأصبحت القوة القاهرة في مفهومها الحديث تختلف عنه في مفهومها التقليدي حيث اختلف شروط تطبيقها وكذلك النتائج المترتبة عليها ونتيجة لذلك المرونة والتوسع في الأخذ بمفهوم القوة القاهرة اقترب مفهومها من شروط الطوارئ hard ship ، حيث أصبحت هذه النظرية تواجه الحالات التي يكون فيها الالتزام مرهقاً للمدين وليس مستحيلاً[3].

وترتكز فكرة القوة القاهرة بالمفهوم الحديث على أساس مبدأ سلطان الإرادة L'autonomie de La volonte فكل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة لأطراف العقد بالإضافة إلى ذلك فإن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل يعتبر المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار.

---

[1] المرجع السابق

2 ناجي عبد المؤمن مرجع سابق ص158

3 **LESGUILONS (H.)** , Frustration , force majeure , op. cit.. p.252.

ويقوم المفهوم الحديث للقوة القاهرة على أساس منح أطراف العقد التجاري الدولي حرية كبيرة في تنظيم القوة القاهرة أو حتى كذلك تنظيم كافة الشروط المتعلقة بالإعفاء من المسؤولية ، طالما أن الحرية التعاقدية للأطراف مبدأ أساسي في قانون التجارة الدولية ، ومعظم القوانين الوطنية .

ونعني بالحرية التعاقدية للأطراف بأنه لا يجوز إلزام أحد الأطراف في الدخول في أية علاقة تعاقدية ، فله مطلق الحرية في قبول العقد أو رفضه ، وفي حال قبوله للعقد تكون له مطلق الحرية في مناقشة محتوى العقد ومضمونه وكافة شروطه سواء كان ذلك عند إبرام العقد أو أثناء تنفيذه وذلك عن طريق الاتفاق مع المتعاقد الآخر[1].

المطلب الثاني
آلية التوسع في مفهوم القوة القاهرة

هناك عدة آليات يتبعها المتعاملون في عقود التجارة الدولية تمكنهم من التوسع لمفهوم القوة القاهرة وإعطائه مرونة أكبر تمكنهم من تجنب فسخ عقودهم ، كما تمكنهم من ملائمتها مع الوضع الجديد ، فهذا التوسع يكون إما عن طريق تعداد للحالات التي تشكل قوة قاهرة ، سواء كان هذا التعداد على سبيل المثال أو الحصر ، أو عن طريق تضمين العقد لشرطاً يعطي تعريفاً مجرداً للقوة القاهرة ثم يتبعه الأطراف بتعداد للأحداث المكونة له[2] .

---

1 **KNOEPFLER (F.),** L'obiligation de somme d'argent.Op.cit., p.3.
2 **KAHN** (ph.), Op. cit., p.470 ; **FONTAINE (M.)**,Op. cit.. p.214 ; **LAMETHE (D.),** Op.cit., p.470 et s.

وقد يقوم الأطراف بذكر التعريف المجرد للقوة القاهرة وهو المفهوم التقليدي للنظرية إلا أن الأطراف يقومون بتوسيع هذه الفكرة عن طريق استبعاد أحد الشروط أو تجاهلها أو التخفيف من مفهومها.

الفرع الأول

تطبيق المفهوم الحديث عن طريق التوسع في المفهوم التقليدي للقوة القاهرة

يميل القضاء في معظم الأنظمة الوطنية الذي تأخذ بنظرية القوة القاهرة وكذلك التحكيم التجاري الدولي إلى التشدد في الشروط اللازمة لتطبيق هذه النظرية وبالتالي الحكم بانتفاء مسؤولية المدين ، الأمر الذي يترتب عليه تضييق نطاق تطبيق هذه النظرية .

رغبة من الأطراف في عقود التجارة الدولية إلى إضفاء بعض المرونة على هذه النظرية ورغبة منهم في التوسع في تطبيقها ، يلجأ الأطراف إلى الأخذ بالتعريف المجرد للقوة القاهرة ، إلا أنهم يقومون بالاتفاق على استبعاد أحد الشروط المطلوبة والسالف ذكرها في مراحل سابقة من هذا البحث ، أو قد يكون عن طريق التخفيف من شدة بعض الشروط .

أولاً: استبعاد أو إغفال أحد الشروط:-
يلجأ الأطراف في هذه الحالة إلى استبعاد شرط أو إغفال ذكره من الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية القوة القاهرة .

1) شرط استحالة الدفع :-

يلجأ الأطراف في هذه الحالة إلى استبعاد شرط استحالة دفع الحدث المكون للقوة القاهرة عن طريق إغفال ذكره في شروط التعاقد ، وهذا الأمر بطبيعة الحال يؤدي إلى توسيع نطاق تطبيق نظرية القوة القاهرة ومن أمثلة هذه الشروط الشرط الذي ينص على أن " **المقصود بالقوة القاهرة التي تنتفي معها مسؤولية المدين جميع الظروف التي تحدث بعد إبرام العقد وتنتج عن أي حدث ذو طبيعة استثنائية ولا يكون قد ساهم أي من المتعاقدين في وقوعه**"[1].

ونلاحظ على هذا النص أن الأطراف قد استبعدوا شرط استحالة دفع الحدث ، ووفقاً لهذا الشرط فإن القوة القاهرة سوف تطبق حتى ولو كان الحدث من الممكن دفعه .

2) شرط استحالة التنفيذ :-

قد يستبعد الأطراف في العقد التجاري الدولي خصيصة استحالة تنفيذ العقد من الشروط اللازمة لتطبيق النظرية ، فقد يتفق الأطراف على إمكانية تنفيذ العقد في حال توافر شروط القوة القاهرة ، واستبعاد شرط استحالة التنفيذ من الشروط المطلوبة لتطبيق نظرية القوة القاهرة سيجعلها تقترب من نظرية شرط الطوارئ

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص190

الـ hard ship وسوف يعطي الأطراف مكنة ملائمة العقد في ظل تحقق نظرية القوة القاهرة ومن أمثلة هذه الشروط الشرط الذي ينص على أن " **يقصد بالقوة القاهرة جميع الأحداث التي تحدث بدون إرادة الأطراف وتساهم في إعاقة أو تأخير التنفيذ.**"[1]

وبالنظر إلى هذا الشرط فإن الأطراف قد اكتفوا بالحدث أن يكون قد أعاق التنفيذ أو أخره دون أن تكون هناك استحالة مطلقة .

3) شرط استحالة التجنب:-

قد يلجأ أطراف العقد التجاري الدولي إلى توسيع مفهوم القوة القاهرة عن طريق استبعادهم لشرط استحالة التجنب الذي يعتبر أحد الشروط الرئيسية للقوة القاهرة المجردة ، واستبعاد هذا الشرط يقصد منه الأطراف التخفيف من حدة التشدد للقوة القاهرة التقليدية ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص فيه الأطراف على أن " **يقصد بالقوة القاهرة التي تعفى الأطراف من تنفيذ العقد جميع الأحداث التي تخرج عن سيطرة الأطراف سواء كانت هذه الأحداث من الممكن تجنبها أم لم يكن كذلك**".[2]

4) خاصية عدم التوقع:-

كثيراً ما يلجأ الأطراف إلى إغفال ذكر هذه الخاصية عند تعريفهم للقوة للقاهرة في عقودهم ، فكما هو معروف أن خاصية عدم توقع الحدث هي إحدى

---

1 **FONTAINE (M.)**, Op.cit .p 213
2 **BOURDELOIS (B.)**. L 'execution du contrat international in " La pratique des contrats internationaux " , Joly, livre V, p. 24.

الخصائص المطلوبة لتحقق القوة القاهرة بمفهومها التقليدي إلا أن الأطراف يستبعدون هذه الخاصية لتوسيع مجال تطبيق القوة القاهرة اعتماداً على مبدأ الحرية التعاقدية ومن هذه الشروط الشرط الذي ينص على أن القوة القاهرة **"كافة الأحداث التي تخرج عن إرادة الأطراف ، ويتعذر معها تنفيذ العقد".**

ثانياً: التخفيف من شدة بعض هذه الشروط:-

في هذه الطريقة لا يلجأ الأطراف إلى استبعاد أو إغفال أحد الشروط المطلوبة لتحقق القوة القاهرة وإنما يقومون بالتخفيف من حدة الشروط المطلوبة كشرط عدم إمكانية رفع الحدث ، حيث يقوم الأطراف بالاتفاق على أن القوة القاهرة تتمثل في حدث يرهق المدين دون أن يصل به إلى استحالة التنفيذ استحالة مطلقه، وبمعنى آخر لا يجوز إجبار المدين على أن ينفق تكاليف باهظة ترهق ميزانيته وتعرض سير مشروعه للخطر لكي يتجنب أو يدفع الحدث فاستحالة التنفيذ تتوافر حتى ولو تمكن المدين من دفع الحدث ، ولكن بتكاليف كبيرة ترهقه أو تعرقل سير مشروعه [1].

الفرع الثاني

تطبيق المفهوم الحديث عن طريق تعداد الحالات والتعريف المجرد

تمنح هذه الطريقة للأطراف ميزة التوسع في تعريف القوة القاهرة حيث قد يلجأ الأطراف إلى تحديد مفهوم القوة القاهرة عن طريق تعداد للحالات التي تشكل قوة

---

1 شريف غنام مرجع سابق ص209

قاهرة [1] كما قد يلجا الأطراف إلى أسلوب مختلط عن طريق الدمج بين أسلوب التعداد والتعريف المجرد وسنتناولهما بشيء من التفصيل :-

أولاً : التعريف عن طريق تعداد الحالات:-

يقوم الأطراف في هذه الطريقة إلى أسلوبين في تعداد الحالات حيث قد يلجأ الأطراف إلى تعداد الحالات التي تشكل قوة قاهرة كاتفاقهم على أن الكوارث الطبيعية والحروب وكذلك التشريعات الصادرة من الدول المتعاقدة ، وهذه الطريقة تعطي مكنه للقاضي أو المحكم الدولي بتطبيق نظرية القوة القاهرة عند حدوث أحد الحالات المتفق عليها دون فحص الحالة التي حدثت من حيث توافر شروط القوة القاهرة من عدمها[2] .

أما الأسلوب الثاني ففيه يلجأ الأطراف إلى تعداد الحالات التي لا تشكل قوة قاهرة، وبناءً على ذلك تعتبر جميع الأحداث التي لم يرد ذكرها قوة قاهرة طالما أن الشروط قد انطبقت عليها أما الحالات التي تم ذكرها فلا تعتبر قوة قاهرة حتى ولو انطبقت عليها شروط القوة القاهرة .

ثانياً : التعريف المختلط:-

يجمع الأطراف في هذه الحالة مابين أسلوبين ، عن طريق تعداد للحالات التي تعتبر قوة قاهرة كما ورد ذكرها سابقاً ، بالإضافة إلى الأسلوب المجرد في

---

1 **KHAN (PH.)** , Op., cit .. p.470
2 **BULISSON (M.),** Op. cit ., p.219.

تعريف القوة القاهرة الذي يشترط في الحدث أن يكون غير متوقع ولا يمكن دفعه أو تجنبه بالإضافة إلى استقلاله عن إرادة المدين .

وفي هذه الحالة فإنه عند حدوث أي حدث يقوم القاضي أو المحكم التجاري الدولي بتفحص الحالات التي ذكرها الأطراف فإذا انطبقت إحدى الحالات مع الحدث كنا بصدد قوة قاهرة أما إذا لم يكن الحدث من ضمن الحالات التي تم الاتفاق عليها فالقاضي أو المحكم يتفحص الخصائص العامة للحدث فإذا توافرت فيها شروط القوة القاهرة جاز للقاضي أو المحكم بفسخ العقد تطبيقاً للنظرية أما إذا لم تتوافر في الحدث الشروط المطلوبة فلا يجوز في هذه الحالة تطبيق نظرية القوة القاهرة [1] .

---

1 لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك شريف غنام مرجع سابق ص216

الفصل الثاني

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية

السمة الغالبة في عقود التجارة الدولية أنها عقود طويلة المدة حيث يسبق إبرامها مراحل تمهيدية ممتدة لفترات زمنية متباينة تبعاً لظروف كل عقد حيث يمر العقد بمرحلة المفاوضات السابقة لإبرامه وإعداد الموازنات والدراسات وأخذ الموافقة من الجهات الحكومية التابع لها أطراف العلاقة العقدية.

وتمتاز هذه العقود عن غيرها من عقود التجارة الداخلية بأهميتها الاقتصادية ، حيث تبرم العقود بموجب مبالغ طائلة يمتد أثرها إلى الدول التابع لها أطراف هذه العلاقة ، بل قد تعتمد بعض الدول بجدولة ميزانيتها وفقاً لهذه العقود ، لذلك يحرص أطراف هذه العلاقة التعاقدية الدولية بقاء العقد واستمراره تحت أي ظرف أو صعوبات يواجهها ، فهذا هو الأصل الذي في ظله تبرم عقود التجارة الدولية[1] كما يسعى محكمو التجارة الدولية إلى بقاء هذه العقود والحفاظ عليها وتجنب فسخها حيث يبذلون في ذلك قصارى جهدهم لاستقرار هذه العقود واستمرارها.

لذلك ليس من مصلحة أي من الأطراف أو الدول والحكومات التابعين لها تزعزع هذه العلاقة تحت مظلة أي ظروف أو صعوبات يواجهها تنفيذ هذا العقد[2] الأمر الذي يترتب عليه تكبد أحد الأطراف لمبالغ طائلة نتيجة عدم الاستقرار.

---

1 قريب من ذلك ثروت حبيب مرجع سابق ص407

2 KAHN: OP .cit. 480

ولتحقيق هذا الاستقرار الذي يسعى إليه الأطراف في عقودهم الدولية فإنهم يلجئون إلى وقف العقد الدولي لحين زوال الأسباب التي تؤدي إلى صعوبة تنفيذ هذه العقود ثم يتم بعد ذلك استئناف تنفيذها كما ظهرت وسيلة جديدة تمكن الأطراف من الاستمرار في تنفيذ التزاماتهم في ظل ما استجد من أحداث وظروف وهو ما يسمى بإعادة التفاوض أو ملائمة شروط العقد والذي بدوره يؤدي إلى الوصول إلى حل يرضى الأطراف ويضمن للعقد بقاءه واستمراره وسنتناول في هذا الفصل هذه الحالات بشيء من التفصيل في مبحثين:-

المبحث الأول:- وقف تنفيذ العقد.

المبحث الثاني:- إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية.

المبحث الأول

وقف تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة

ذكرنا آنفاً أن العقد بعد إبرامه قد يتعرض لتغير في الظروف المحيطة به تجعل تنفيذه مستحيلاً وهذه الاستحالة قد تكون دائمة وقد تكون مؤقتة كما أنها قد تمتد لفترة زمنية طويلة أو قصيرة وفقاً لهذه الظروف وانقضاء العقد في حالة الاستحالة الدائمة قد تكون نتيجة منطقية ومقبولة لدى الأطراف إلا أن المشكلة تثور في حالة ما إذا كانت الاستحالة مؤقتة ففسخ العقد عندها سيكون مرفوض لدى أطراف العقد التجاري الدولي وذلك نظراً لأهمية هذه العقود ،وحرصاً من الأطراف على بقاء واستمرار هذا النوع من العقود ظهر ما يسمى بنظام وقف العقد.

ويمكننا تعريف الوقف بأنه " **عبارة عن فسخ مؤقت يعرض في أثناء وجود عقد مستمر دون أن يصيب العقد لا في آثاره السابقة ولا في آثاره اللاحقة على فترة الوقف ، ومن ثم يؤدي الوقف في العقد المستمر إلى محو جزئي لآثار العقد ، وهذا يؤدي في نهاية الأمر إلى أن ينفذ العقد جزئياً** "[1].

---

1 **LEBRET** : suspension resolution des contratcts rev crit . et elroit juris 1929 p581

ويعرف أيضاً بأنه **" فترة من الوقت يسكن فيها تنفيذ العقد لحين انتهاء الظروف التي تواجهه ثم يعود إلى السريان العادي"[1].**

ويهدف أطراف العلاقة الدولية من خلال وقف تنفيذ العقد إلى المحافظة على هذا العقد من الزوال وإمكانية سريانه وترتيب آثاره متى مازالت تلك الظروف .

وسنتناول في هذا المبحث عن الأسس التي يرتكز عليها وقف العقد وأهم الحالات التي يطبق فيها هذا الوقف في المطلب الأول كما سنتناول في المطلب الثاني أهم النتائج المترتبة على هذا الوقف وأسباب انقضائه.

المطلب الأول
الأسس التي يرتكز عليها نظام وقف تنفيذ العقد

يرتكز نظام وقف تنفيذ عقدة التجارة الدولي على عدة مقومات وأسس فهو يجد أساسه من خلال إرادة الأطراف في عقد التجارة الدولي كما تأخذ به بعض اتفاقيات التجارة الدولية والتي تطرقت إلى نظام وقف العقد إلى جانب ذلك فإن المتتبع لقرارات التحكيم التجاري الدولي سيجد ما يشير إلى ذلك.

وسوف نتناول في هذا المطلب هذه الأسس من خلال الأفرع التالية:-

- الفرع الأول:- إرادة الأطراف كأساس لنظام وقف تنفيذ العقد.

---

1 عبد الوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص759
وفي هذا المعنى تذهب محكمة النقض المصرية إلى أن الوقف هو " وقف تنفيذ الالتزامات الرئيسية المتبادلة التي يفرضها العقد على طرفي عند حدوث قوة قاهرة أدت إلى استحالة مؤقتة في التنفيذ " نقض مدني جلسة 6 /3/ 1977 الطعن رقم 339 لسنة 41 قضائية ، مجموعة أحكام المكتب الفني ، السنة 28 ص612

- الفرع الثاني:-ارتكاز نظرية الوقف على بعض الاتفاقيات التجارة الدولية.
- الفرع الثالث:- ارتكاز نظرية الوقف على التحكم التجاري الدولي

الفرع الأول

إرادة الأطراف كأساس لنظام وقف تنفيذ العقد

يعتبر اتفاق أطراف العلاقة العقدية الدولية على وقف تنفيذ العقد عند حصول قوة قاهرة مؤقتة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً لمدة معينة أو عند حصول ظرف طارئ يجعل تنفيذ العقد صعباً أو مرهقاً لأحد أو لكلا أطراف هذه العلاقة هو الأساس الرئيسي والأول الذي يرتكز عليه نظام الوقف.

فيكاد يتفق الفقه بل وتتواتر الأحكام القضائية على جواز اتفاق الأطراف على تزويد عقدهم بشروط تعاقدية تنص على وقف العقد إذا ما صادف قوة قاهرة أو ظروف استثنائية مؤقتة ويبرر البعض ذلك بأنه " **وإن كان انفساخ العقد بسبب القوه القاهرة لا يتعلق بالنظام العام لأنه يجوز الاتفاق على تحمل المدين عبء القوة القاهرة ،فإنه يجوز الاتفاق من باب أولى على وقف العقد طوال مدة الاستحالة التي من المفترض أن تكون دائمة في ظروف العقد ، فالوقف هو وضع وسط بين تحمل أحد المتعاقدين تبعة القوة القاهرة وبين الانفساخ بسبب القوة القاهرة**"[1] .

---

1 حسام الدين كامل الأهواني مرجع سابق ص385

ومن تطبيقات محكمة النقض في هذا الصدد ما قضت به من أن" **مقتضى القواعد العامة في القانون المدني أن الالتزام ينقضي إذا أصبح الوفاء به مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه وأنه في العقود الملزمة للجانبين إذا أنقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضت معه الالتزامات المتقابلة وينفسخ العقد من تلقاء نفسه ولئن كان مقتضى تطبيق هذه القواعد على عقد العمل أن تجنيد العامل يعد قوه قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً على العامل ، ومن ثم ينفسخ عقد العمل من تلقاء نفسه بمجرد تجنيد العامل ، إلا أنه لا مانع يمنع من اتفاق طرفي العقد على الإبقاء عليه ووقف نشاطه في فترة التجنيد حتى إذا انتهت عاد إلى العقد نشاطه واستمر العامل في عمله تنفيذاً لهذا العقد**"[1].

وعند إبرام العقد التجاري الدولي فإنه كما ذكرنا قد يتعرض لتغير في الظروف تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً لمدة مؤقتة فيضطر أطراف العلاقة التعاقدية على وقف تنفيذ العقد حيث يتخذ إحدى الصور التالية:-

1) اتفاق الأطراف على تمديد مدة العقد :-

في هذه الحالة يتفق الأطراف على إطالة مدة تنفيذ العقد بنفس الشروط السابقة ودون النص صراحة على وقف تنفيذ العقد وإن كان بعض الفقه اعتبرها وقف ضمني لتنفيذ العقد.

ونذكر على سبيل المثال مجموعه من هذه الشروط التي تمد فترة تنفيذ العقد:-

---

1 نقض مدني جلسة 25 / 3 / 1972م الطعن رقم 450 لسنة 35 قضائية مجموعة أحكام المكتب الفني السنة 23 ص514

- "إذا تأخر تنفيذ الشركة لاي بند من البنود المتفق عليها خلال مدة القوة القاهرة فإنه سيتم إضافة مدة التأخير إلى المدة المتفق عليها بالعقد"[1].
- " أي التزامات تعاقدية تتأثر بالقوة القاهرة يؤجل تنفيذها لمدة تساوي مدة التأخير بسبب القوة القاهرة".[2]
- " يتم مد مواعيد التسليم لمدد معقول تبعاً للتغيرات التي تحصل في الظروف"[3]

وبمراجعة الشروط السابقة يتضح لنا عدم وجود أي اتفاق صريح بين الأطراف ينص على وقف تنفيذ العقد وإنما كل ما هنالك هو الاتفاق على إطالة مدة التنفيذ العقد بما يساوي مدة التأخير الناتجة عن القوه القاهر وان كان في حقيقة الأمر هو توقف ضمني للعقد وهو ما ذهب إليه الفقه كما ذكرنا آنفاً.

2) اتفاق الأطراف على وقف العقد دون إطالة المدة :-

في هذا الصدد يتفق الأطراف على توقف تنفيذ العقد دون إطالة مدة تنفيذه فالعقد يتوقف خلال تعرضه لقوة قاهره ثم يستأنف تنفيذه عند زوالها دون احتساب مدتها في تمديد فترة التنفيذ.

ومن هذه الشروط التي توقف تنفيذ العقد دون إطالة مدته:

- "لا تمتد مدة العقد مدة متساوية لمدة الوقف "[4].

---

1 **Delaume (g.r.):** op cit p256
2 IBID
3 **Fontaine(m):** op cit ., p226
4 IBID

- "إذا حدثت قوة قاهرة أثناء تنفيذ العقد فإن العقد سيتوقف عن إنتاج آثاره لحين زوال القوة القاهرة ولا تضاف تلك المدة إلى مدة العقد المتفق عليه"
- "الطرف الممنوع أو المتأخر يجب أن يعفى من ذلك التنفيذ طول فترة المنع أو التأخير دون مد أجل هذا الاتفاق أياً كانت الأحوال"[1].

3) إتفاق الأطراف على وقف العقد مع إطالة مدته:-

- وفي هذه الحالة يتفق الأطراف صراحة على وقف تنفيذ العقد إذا ما صادف بعد إبرامه قوة القاهرة منعت تنفيذه بشكل مؤقت كما يتم الاتفاق صراحة على إضافة مدة الوقف إلى مدة العقد وإطالة مدة تنفيذه ومن هذه الشروط:-
- " في حال وقوع قوة قاهره ، يوقف تنفيذ العقد وتضاف مدة الوقف إلى مدة العقد"[2].
- " في حالة إعاقة الأطراف عن تنفيذ التزاماتهم سواء كان ذلك بصفة كليه أو جزئيه فان الحقوق والالتزامات الناتجة عن هذا العقد تتوقف وتمتد مدة العقد لمدة مساوية لمدة الوقف"[3].

---

1 **DUBISSON (M.):** Op. cit . p 220

2 مشار إليه في نرمين محمد صبح مرجع سابق ص413

3 المرجع السابق

الفرع الثاني

ارتكاز نظرية الوقف على بعض اتفاقيات التجارة الدولية

تنص المادة 3/79 في اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي للبضائع والموقعة في فينا بتاريخ 1980/4/11 على أن" ينتج الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائماً"[1].

ونلاحظ من ذلك أن اتفاقيات التجارة الدولية وكذلك العقود النموذجية التابعة لها تأخذ بنظام وقف العقد في حال صادف قوة قاهره منعت من تنفيذ الالتزامات المترتبة على أحد الأطراف بصفة مؤقتة

الفرع الثالث

ارتكاز نظرية الوقف على قرارات التحكيم التجاري الدولي

نظراً للأهمية الاقتصادية التي تقوم على عقود التجارة الدولية ونظرا للنتائج الخطيرة التي تترتب في حال فسخ وإنهاء عقود التجارة الدولية فإن التحكيم التجاري الدولي والمحكمون يسعون في حال تعرض هذه العقود إلى أي صعوبات أو عوائق إلى وقف تنفيذ العقد دون فسخه أو إنهائه .

كما يرى محكمو التجارة الدولية أن وقف العقد يعتبر إجراءا أولياً لابد منه يسبق عملية فسخ العقد أو ملائمة شروط كما في حالة القوة القاهرة أو شرط الطوارئ .

---

1 المادة 79 – 3 من اتفاقية فينا 1980

ويتم وقف العقد إما باتفاق أطراف العلاقة الدولية أو طلب أحد الأطراف المتضررين من تغير الظروف مع رفض الطرف الآخر لهذا الوقف وسوف نتناول ذلك بشيء من التفصيل:-

1. اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ العقد:-

وتبدو الصورة واضحة في هذه الحالة من خلال تعرض أحد أطراف هذه العلاقة للضرر جراء تغير الظروف فيطلب من القاضي أو المحكم في هذه الحالة وقف تنفيذ العقد لحين زوال الأسباب المؤدية إلى منع التنفيذ ولا يعترض الطرف الآخر على الوقف.

ونشير هنا إلى أن وقف تنفيذ العقد إنما يرجع في حقيقة الأمر إلى إرادة الأطراف وليس إلى حكم القاضي كل ما هنالك أن القضاة أو المحكمين يقومون بدور مقرر وليس منشأ لهذا الحق[1] فالوقف ينطبق بمجرد الاتفاق عليه من قبل الأطراف.

2. رفض أحد الأطراف طلب وقف تنفيذ العقد:-

وفي هذه الحالة يرفض أحد الأطراف الطلب المقدم من الآخر بوقف تنفيذ العقد أو يطلب أحد الأطراف إعفاءه من المسؤولية عن عدم التنفيذ بسبب وجود مانع معين منعه من تنفيذ التزامه . فهنا تبرز المشكلة فهل يكون من سلطة القاضي أو المحكم التجاري الدولي الحكم بوقف تنفيذ العقد في ظل هذا الخلاف أو عدم الاتفاق؟

---

1 على عكس العقود الداخلية التي تنفسخ بمجرد تحقق القوة القاهرة فإن العقد التجاري الدولي لا ينفسخ إلا بعد صدور قرار من هيئة التحكيم .

نفرق في هذه الحالة بين أمرين أولهما إذا كنا بصدد قوة قاهرة أو صعوبات في التنفيذ لا تصل إلى حد الاستحالة تمر بالعقد ففي الحالة الأولى يجوز للمحكم الدولي أو القاضي الحكم بوقف تنفيذ العقد رغماً عن رفض الطرف الآخر لهذا الوقف طالما أن الأحداث التي تمر بالعقد مما يجوز فيها وقف تنفيذ العقد.

ويجوز للمحكم أيضاً الحكم بوقف تنفيذ العقد حتى ولو لم يطلب الأطراف وقف تنفيذ العقد[1] أما إذا لم تتوافر الحالات التي يجوز فيها وقف تنفيذ العقد فإن القاضي أو المحكم لا يستطيع الحكم بوقف تنفيذه إلا اتفق الأطراف على ذلك.

المطلب الثاني
الحالات التي يتم فيها وقف تنفيذ العقد

ذكرنا آنفاً أن وقف تنفيذ العقد يتم في حال حدوث قوة قاهرة تجعل تنفيذ العقد مستحيلاً بصورة مؤقتة حيث لا يترتب على هذه الاستحالة انقضاء العقد كل ما هنالك هو توقف العقد لحين زوال المانع ثم يستمر في أحداث أثره المترتب عليه ويتم وقف العقد أيضاً في حالة أخرى وهي حالة توافر شرط الطوارئ التي قد تمر بالعقد وتجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً لأحد الأطراف حيث يتم إعادة التفاوض ويتم وقف العقد في هذه الفترة لحين ملائمة شروط العقد مع الوضع الجديد.

---

1 نشير هنا أن الوقف يقع بقوة القانون في حال تحقق القوة القاهرة حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك د. حسام الأهواني مرجع سابق ص385

الفرع الأول

وقف تنفيذ العقد في حالة الاستحالة المؤقتة

إذا كانت الاستحالة مؤقتة فإنه يتم وقف تنفيذ العقد ولا يتم فسخ العقد أو انقضائه كل ما هنالك هو استئناف تنفيذ العقد عند زوال المانع ويرى البعض أن وقف تنفيذ العقد يحدث بقوة القانون في حالة القوة القاهرة المؤقتة وأن دور القاضي في وقف تنفيذ العقد يكون مقرراً لهذا الحق وليس منشأ له.

ولكن هل تعتبر القوه القاهرة الدائمة سبباً لوقف تنفيذ العقد للإجابة على هذا التساؤل لابد من الوقوف على العلة من ابتكار هذا النظام القانوني المتمثل في وقف تنفيذ العقد،فالوقف يهدف إلى المحافظة على استمرارية وديمومة العقد وحمايته من الفسخ لحين زوال المانع وطالما أن هذا المانع غير مؤقت فإن العلة من الوقف ستزول ولن يستفيد أي من الأطراف من وقف تنفيذ العقد.

أما عن الأثر المترتب على تعرض العقد للقوه القاهرة الدائمة فسيكون فسخ العقد وانقضاء الالتزام ،ويرى جانب من الفقه انه ليس للتفرقة بين الاستحاله الدائمة والمؤقتة من سند في نصوص القانون الفرنسي حيث يرى هذا الفقه أن تحديد هذا الأثر بين الاستحالتين إنما يرجع الفضل في ابتداعه إلى القضاء الفرنسي الذي حدته الرغبة في أن يوفر كل السبل اللازمة لتنفيذ العقود بأمانه وإخلاص وان يحقق تبعاً لهذا الاستقرار اللازم للمعاملات وسلامة العلاقات الاجتماعية بين الناس.

ونشير هنا أن الأصل في الاستحالة يجب أن تكون مؤقتة فلا يجب على القضاء أو المحكمون الدوليون الحكم بفسخ العقد وانقضاء الالتزام بناءً على وجود استحالة نهائيه وإنما يجب عليهم التريث والنظر إن كان بالإمكان وقف تنفيذ العقد لحين زوال هذا المانع.

الفرع الثاني

وقف العقد في مرحلة إعادة التفاوض

واقع عقود التجارة الدولية ورغبة الأطراف في استمرارية هذه العقود نتيجة للأهمية الاقتصادية المبني عليها خلق نظام قانوني جديد يطلق عليه إعادة التفاوض وذلك في حال تعرض هذه العقود بعد إبرامها لصعوبات تجعل تنفيذ العقد صعباً أو مرهقاً لأحد الأطراف مع إمكانية تنفيذه ، لذلك يلجأ الأطراف إلى إعادة التفاوض بغرض ملائمة شروط العقد مع التغيرات الجديدة في الظروف[1] ، وذلك في سبيل المحافظة على بقاء العقد واستمراره.

ويتم وقف تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض لحين استبدال الشروط القديمة بشروط جديدة يقبل بها الأطراف وتتوافق مع التغيرات الجديدة. وقد يتم وقف العقد في هذه الفترة بناءً على اتفاق مسبق من قبل أطراف العلاقة الدولية وقد يتم الوقف بدون اتفاق الأطراف.

فإذا اتفق أطراف العلاقة الدولية على وقف تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض نتيجة لحدوث شرط الطوارئ فلا تثور أية مشكلة فإرادة الأطراف هي التي

---

1 نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص484

اتجهت إلى إعادة التفاوض وهي التي اتجهت إلى وقف تنفيذ العقد في مرحلة إعادة التفاوض.

ومن خلال تتبعنا للشروط التعاقدية المبرمة بين أطراف هذه العلاقة التجارية الدولية فإننا لم نلحظ وجود أي اتفاق على وقف العقد أثناء مرحلة إعادة التفاوض على الرغم من دور إرادة الأطراف في تنظيم شروط الوقف وإعادة التفاوض إلا أن ذلك لا يمنع من اتفاق الأطراف على وقف تنفيذ العقد أثناء فترة إعادة التفاوض.

إلا أن الغالب في عقود التجارة الدولية هو عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف لوقف تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض فما هو مصير العقد خلال هذه الفترة؟ وهل من الممكن للمحكم أو القاضي الحكم بوقف تنفيذ العقد خلال فترة إعادة التفاوض على أن يعاود سريانه وفقاً لشروطه الجديدة بعد الاتفاق عليها ؟ أم أن العقد يظل سارياً ومنتجاً لآثاره لحين إعادة التفاوض.

إن استمرار العقد في مرحلة إعادة التفاوض هو الحل الذي تأخذ به اقتراحات غرفة التجارة الدولية عام 1985 وتتبناه أيضاً مبادئ الـunidroit لعقود التجارة الدولية عام 1995 فلا يتم وقف تنفيذ العقد خلال مرحلة إعادة التفاوض إلا إذا اتفق الأطراف على ذلك ، فالعقد يستمر ويظل منتجاً لكافة آثاره.

ونحن من جانبنا لا نؤيد الاتجاه الذي ذهبت إليه وتبنته غرفة التجارة الدولية ومبادئ unidroit لعقود التجارة الدولية بشأن استمرار العقد خلال فترة إعادة التفاوض .

فالهدف من إعادة التفاوض هو حماية أحد أطراف العلاقة التعاقدية من الصعوبات التي يواجهها والخسارة التي سوف يتحملها نتيجة لتغير الظروف لذلك فإن استمرار العقد خلال فترة إعادة التفاوض سيجعل الطرف الآخر يتقاعس عن إنهاء المفاوضات خلال مدة قصيرة الأمر الذي سيؤدي إلى إلحاق الضرر بالمتعاقد الآخر فلو توقف العقد خلال فترة إعادة التفاوض فإن ذلك سيكون حافزاً للأطراف على الإسراع في الاتفاق على الشروط الجديدة لتلاءم الوضع الجديد وذلك حماية لمصالحهم المشتركة كما أنه سيؤدي إلى الحيلولة دون فشل هذه المفاوضات أما لو ظل العقد ساريا فإن الطرف غير المتضرر من جراء تغير الظروف قد يمنع نجاح هذه المفاوضات عن طريق تمسكه ببعض الشروط غير الملائمة مع الوضع الجديد أو عدم تقديم أية تنازلات تساهم في انسيابية العقد في ظل هذه التغيرات بالإضافة إلى ذلك فإن روح التعاون يجب أن تسود بين أطراف العلاقة التعاقدية فتوقف العقد خلال هذه المرحلة يساهم وبشكل كبير في منع المدين في تكبد خسارة فادحه وفقاً لشروط سابقه على الوضع الجديد الحالي[1].

CABAS : Op . cit ., p 123 1

المطلب الثالث
شروط وخصائص وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية

يعتبر نظام وقف العقد من الأنظمة القانونية التي ابتكرت من أجل الحفاظ على العقد وإرجاء تنفيذه بصفه وقتيه لحين زوال الأسباب المؤدية إلى استحالة التنفيذ ثم يعود العقد بعد ذلك باسترداد قوته الملزمة وترتيب آثاره.

الفرع الأول
شروط الوقف

ولتطبيق نظام وقف العقد فإنه لابد من توافر شروط معينه تمكن القاضي أو المحكم الدولي من تطبيق نظام وقف العقد ويمكن إيجاز هذه الشروط فيما يلي:-

الشرط الأول:- أن تكون هناك استحالة وقتيه في تنفيذ العقد التجاري الدولي.

الشرط الثاني:- ألا ترجع هذه الاستحالة إلى أحد أطراف العقد التجاري الدولي.

الشرط الثالث:- ألا تكون مدة التنفيذ محل اعتبار لدى أطراف العلاقة الدولية.

وسوف نتناول هذه الشروط بالتفصيل:-

الشرط الأول:- أن تكون هناك استحالة وقتيه في تنفيذ العقد

رأينا أن وقف العقد يهدف إلى استمرار العقد التجاري الدولي واستقراره لحين زوال الأسباب المانعة من تنفيذه إذا كانت هذه الأسباب آنية ومؤقتة أما إذا كان المانع من تنفيذ العقد دائماً ومن غير الممكن زواله فإن نظام وقف تنفيذ العقد لا

يمكن تطبيقه بسبب ديمومة هذا المانع وعدم إمكانية الاستفادة من نظام الوقف حيث يكون الفسخ هي النتيجة المنطقية للعقد[1].

وقد يطول المانع أو يقصر تبعاً لظروف الحال فقد يكون المانع قصيراً جداً بالنسبة لمدة تنفيذ العقد التجاري الدولي كما قد يظل هذا المانع فترة طويلة نسبياً تستغرق جل الفترة المتفق عليها لتنفيذ العقد ثم يزول المانع قبل انتهاء فترة التنفيذ، والاستحالة الوقتية هي التي تؤدي إلى وقف تنفيذ العقد بهدف استئناف تنفيذه في المستقبل والمحافظة بالتالي على بقاء العلاقة التعاقدية أما إذا أصبح التنفيذ غير مفيد في المستقبل فإن الهدف من هذه الاستحالة المؤقتة لا يتحقق ومن ثم ينفسخ العقد في هذه الحالة ولا يقف تنفيذه[2].

وتثور المشكلة في عقود التجارة الدولية عند تعرضها لاستحالة التنفيذ في تحديد مدة هذه الاستحالة أو تحديد الفترة التي ستزول عندها هذه الاستحالة إذ في كثير من الحالات يتم الاعتماد على الظن والتخمين في تحديد مدة الاستحالة ونهايتها وتثور المشكلة في هذه الحالة من حيث فسخ العقد أو وقفه فهل يقوم القاضي أو المحكم الدولي بفسخ العقد بناءً على وجود ضبابية في تحديد فترة نهاية العائق واعتباره في حكم الاستحالة الدائمة؟ أم يقوم بوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي مستنداً على احتمالية زوال هذا المانع قبل انتهاء مدة التنفيذ؟

---

1 وفاء حلمي أبو جميل مرجع سابق ص53

2 Beraud: La Suspension du Contrat de travail These >Lyon 1979.P43. وأشار اليه أيضا عبدالوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص 777.

يرى جانب من الفقه أنه يجب الاعتماد على نية المتعاقدين في تحديد ما إذا كانت هذه الإستحاله مؤقتة أم دائمة فإذا اعتبر أطراف العلاقة التعاقدية أن وقت التنفيذ يعتبر جوهرياً وأن طول الإستحاله ستؤدي إلى عدم رغبتهم في الارتباط في الالتزام بعلاقة تعاقدية فإن الاستحالة في هذه الحالة تعتبر إستحاله دائمة ،أما إذا اتجهت نية الأطراف إلى اعتبار المدة في تنفيذ العقد أمراً ثانوياً وأن الاستحالة لن تؤثر في جوهر العقد فإن الاستحالة تعتبر مؤقتة[1].

في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه في حالة الشك في كون المانع وقتياً من عدمه وخصوصاً إذا كانت مدة العقد غير معروفه كما في حالة العقود الزمنية غير محددة المدة أو كانت مدة الإستحاله غير معروفه فإن المانع في تلك الحالات يعد مانعاً وقتياً ويترتب على ذلك وقف تنفيذ العقد ولا ينفسخ إلا في الوقت الذي يصبح فيه تنفيذ العقد غير مجد أو غير مفيد[2].

ونحن من جانبنا نؤيد هذا الرأي وذلك نظراً لأهمية عقود التجارة الدولية من الناحية الاقتصادية حيث أننا نرى بأن القاضي أو المحكم التجاري الدولي يجب عليه التروي وعدم التسرع في الحكم بفسخ هذه العقود عند تعرضها لأي عائق أو مانع فالشك في تحديد مدة الاستحالة يجب أن يفسر وفقاً لمصلحة العقد والمتعاقدين أي يجب اعتباره مؤقتاً ووقف تنفيذ العقد لحين التأكد من مدة هذه الاستحالة.

---

1 .وقريب من هذا المعنى :حسين عامر الغاء العقد ص 443،عبدالوهاب بن سعد الرومي ص778.
2 .وفاء حلمي أبوجميل مرجع سابق ص 53.

الشرط الثاني:- أن لا ترجع الاستحالة لأحد أطراف العقد

ويعتبر هذا الشرط من الشروط البديهية التي يجب أن تراعى عند تطبيق نظام وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية ، حيث أن العائق الذي تسبب في منع الأطراف من تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم يجب أن يكون خارجاً عن إرادة المتعاقدين وأن لا يرجع بأي حال ممن الأحوال إلى خطأ من جانب أياً منهم.

أما إذا كانت الاستحالة في تنفيذ العقد التجاري الدولي ناتجة عن خطأ من جانب أحد المتعاقدين فإنه لا يمكن الحكم بوقف تنفيذ العقد بل يلتزم الطرف الذي تسبب بالضرر بتعويض الطرف المتضرر ولا يمكن له المطالبة بوقف تنفيذ العقد لحين زوال السبب طالما أنه هو الذي أوجد هذا السبب الذي منع من تنفيذ الالتزام فعلى سبيل المثال لو قامت الشركة التي التزمت بتصنيع أدوات معينه في وقت محدد بتسريح عمالها فإنها لا يمكن لها المطالبة بوقف تنفيذ هذا العقد طالما أن العائق الذي منعها من تنفيذ العقد كان راجعاً إليها.

الشرط الثالث :- أن لا تكون مدة تنفيذ العقد محل اعتبار لدى المتعاقدين عند التعاقد.

تطبيق نظام وقف العقد بالنسبة لعقود التجارة الدولية فإنه يشترط أن لا تكون مدة تنفيذ العقد محل اعتبار لدى أطراف العلاقة الدولية وبمعنى آخر أن لا تلعب مدة انجاز العقد دوراً جوهرياً عند الأطراف أما إذا كان الأطراف قد أبرما عقديهما واضعين في الاعتبار مدة التنفيذ بحيث يترتب على تجاوزها انعدام المنفعة الحقيقية من التعاقد أو تضرر أحد الأطراف من تجاوز هذه المدة، فإن الإستحاله المؤقتة في هذه الحالة ستؤدي إلى انفساخ العقد وليس وقفه.

وبناءً على ذلك فإن تنفيذ الالتزام في عقود التجارة الدولية إذا كانت تلك العقود محددة المدة بحيث يصبح تنفيذ الالتزام بعدها غير مفيد لأحد الأطراف فإن القاضي أو المحكم لا يستطيع الحكم بوقف تنفيذ العقد لحين زوال المانع المؤقت إذ لا جدوى بعد ذلك من استئناف تنفيذ العقد.

ويرى جانب من الفقه أن هذا النوع من العقود التي تكون مدة التنفيذ محل اعتبار في التعاقد لا يقتصر فيه كلا المتعاقدين على إلزام نفسه تجاه ما يحصل عليه من إلزام الطرف الآخر ،وإنما يكون السبب الدافع فيه يتأتى في ضرورة الوفاء بالالتزام في حدود فترة زمنيه معينه إذ تتوقف الجدوى في التنفيذ على موعد التنفيذ نفسه بحيث لو تعدى مدة التنفيذ تضاءلت منفعة وجدوى العقد بالنسبة للمتعاقدين[1].

ولتأكيد هذا الشرط فإننا نسوق المثال التالي حيث لو افترضنا أن شركة إماراتيه اتفقت مع شركة أجنبيه على تزويدها بسلعه معينه وذلك بغرض عرض وبيع هذه السلعة في أحد المعارض المقامة في دولة الإمارات ، ثم حدث بعد ذلك أن تعرضت الشركة الأجنبية لمانع مؤقت منعها من تسليم البضاعة قبل انتهاء مدة المعرض فلا جدوى في هذه الحالة من وقف تنفيذ العقد لحين زوال المانع لأن مدة تنفيذ العقد في هذه الحالة قد لعب دوراً جوهرياً في إبرام العقد، وكانت محل اعتبار لدى الأطراف.

---

1 .حسين عامر الغاء العقد مرجع سابق ص 443، وأشار إليه أيضا عبدالوهاب بن سعد الرومي ص 781.

والمشكلة التي تواجه المحكم أو القاضي الدولي أن عقود التجارة الدولية دائماً ما تبرم في نطاق زمني محدد ومن غير المعقول أن يغفل أطراف العلاقة الدولية تحديد فترة انجاز العقد فهل يستطيع القاضي أو المحكم الدولي الحكم بوقف تنفيذ العقد في حال تعرضه لاستحالة مؤقتة أم يمتنع عن ذلك بموجب شروط العقد؟

نحن من جانبنا نرى أنه إذا كانت مدة التنفيذ ليست جوهريه وأن استئناف تنفيذ العقد بعد زوال الاستحالة سيكون مفيداً لأطراف العلاقة الدولية فلا ضير من الحكم بوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي وإن كان مخالفاً لأحد بنود العقد.

الفرع الثاني

خصائص نظام وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية

وأهم خصائص نظام وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية عند توافر شروطها السالفة الذكر ما يلي:-

1- أن نظام وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية لا يعتبر وسيلة من وسائل الضمان بالنسبة لأطراف العلاقة الدولية كل ما هنالك أنه يكفل منع فسخ العقد لحين زوال العائق.

2- لا يعفي نظام الوقف المدين من تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقه وإنما يرجئ تنفيذها لحين زوال المانع.

3- نظام الوقف يشمل العقد التجاري الدولي بأكمله كما أنه يسري على جميع أطراف العلاقة التجارية الدولية دون استثناء طرف على آخر.

4- يفسخ العقد التجاري الدولي في حال ما إذا تحولت الاستحالة المؤقتة إلى استحالة دائمة و يجوز للدائن المطالبة باسترداد ما أداه.

5- كل ما من شأنه منع أو إعاقة تنفيذ العقد بصفة مؤقتة يجوز فيه وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية فالوقف لا ينصب على عائق أو خطر بعينه.

6- يسري نظام الوقف على جميع عقود التجارة الدولية سواء كانت عقود توريد أو نقل أو غيرها فلم يقتصر نظام الوقف على عقود معينة بالذات.

7- نظام الوقف لا يؤثر على مقدار الالتزامات الملقاة على عاتق أطراف العلاقة التجارية الدولية وحتى في العقود المستمرة كعقود التوريد فإن وقف تنفيذ العقد لن يؤثر على مقدار المدة المتفق عليها ضمن بنود العقد.

8- نظام الوقف إما أن يكون إلزاميا عند توافر شروط تطبيقه و إما رضائياً عند اتفاق أطراف العلاقة التجارية.

9- لا يعتبر نظام الوقف وسيله من وسائل الضغط على المدين لتنفيذ التزاماته وإنما يعتبر وسيله لتمكينه على أداء التزاماته عن طريق تجنب الظروف الصعبة التي تمنعه من ذلك.

10- لا يحتاج القاضي أو المحكم التجاري الدولي عند الحكم بوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي إلى أي إجراء قانوني كالإنذار أو الاعتذار حيث يصدر الحكم بالوقف بشكل مباشر حال توافر شروط الوقف.

11- لا يعتبر نظام الوقف خروجاً على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين فالقاضي أو المحكم التجاري الدولي لا يتدخل في شروط العقد من حيث تعديل هذه الشروط أو إلغاء أو إضافة أي شرط إلى هذه الشروط.

12- يلتزم القاضي أو المحكم التجاري الدولي بوقف تنفيذ العقد عند توافر شروطه كما يلتزم بالوقف عند اتفاق الأطراف حتى ولو لم تتوافر الشروط اللازمة للوقف.

13- يقوم نظام الوقف على ضرورة احترام مبدأ حسن النية لدى جميع الأطراف فالمدين في العقد التجاري الدولي الذي لا يتمكن من تنفيذ التزامه في الوقت المحدد بسبب خارج عن إرادته يمكنه الاستناد على هذا المبدأ.

الفرع الثالث

آثار الوقف

يحتل نظام وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي مركزاً وسطاً مابين تنفيذ العقد وفسخه، فالعقد يظل موجوداً ولكن تنفيذه هو الذي يتراخى لحين استئناف سير العقد بعد مدة الوقف، وهذا ما توصل إليه القضاء الفرنسي مع شيء من التردد الذي قرر قاعدة وقف العقد في حالة تعرضه لعائق مؤقت أدى إلى استحالة تنفيذه بصورة مؤقتة حيث توصل هذا القضاء إلى أن العقد في ظل هذه الاستحالة لا ينفسخ كما في حالة الاستحالة النهائية ولكن يوقف تنفيذه حتى تزول تلك الاستحالة[1].

وعند توافر شروط الوقف فإنه يتم وقف تنفيذ العقد لحين زوال المانع ويترتب هذا الوقف ثلاثة آثار:-

أولاً:- وقف تنفيذ الالتزامات في العقد التجاري الدولي.

ثانياً:- إعفاء أطراف العلاقة التجارية الدولية من المسئولية عن التنفيذ خلال مدة الوقف.

ثالثاً:- استئناف تنفيذ العقد عند زوال المانع.

---

1 .قريب من ذلك عبدالحي حجازي :عقد المدة مرجع سابق ص 154

وسنتناول هذه الآثار بشيء من التفصيل:-

أولاً:- وقف تنفيذ الالتزامات في العقد التجاري الدولي:-

يسري نظام وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي عند توافر شروطه على جميع أطراف هذه العلاقة، ولا يقتصر هذا الوقف على طرف دون الآخر سواء كان دائناً أم مديناً كما أن الأثر الجوهري للوقف على العقد يتمثل في وقف تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه تنفيذا وقتياً دون أن يكون لهذا الوقف تأثير على وجود العقد أو على العلاقات التي تنشأ بين طرفيه[1].

ونظام الوقف لا يمس العقد في ذاته أو من حيث وجوده أو صلاحيته وإنما يقتصر أثره على التراخي في تنفيذ الالتزامات لحين زوال الأسباب المانعة من التنفيذ فالعقد يظل منتجاً لكافة آثاره إلا أن هذه الآثار لا تنفذ خلال مدة الوقف[2] ويعبر البعض بأن العقد أثناء مدة الوقف يكون في حالة سبات و أن هذه الحالة لا تمس العقد في وجوده بل تصيب حالة السبات جميع الالتزامات الناشئة عنه فيوقف تنفيذها[3].

ولكن يثور التساؤل هنا هل أن نظام الوقف يشمل جميع الالتزامات المترتبة على العقد التجاري الدولي؟ أم أن الوقف يقتصر على الالتزامات التي تأثرت من وجود العائق الذي منع تنفيذ العقد وأن الالتزامات الأخرى التي لم تتأثر من وجوده تظل سارية ومنتجة لآثارها؟

---

1 .وفاء حلمي أبو جميل مرجع سابق ص175.

2. **Antonmatte (P.H).** Opcit P.222

3 .عبدالوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص795.

للإجابة على هذا السؤال نقول بأن نظام الوقف يشمل جميع الالتزامات الأصلية التي تأثرت بوجود العائق الذي منعها من التنفيذ كما يشمل جميع الالتزامات الأصلية التي يرتبط تنفيذها بتنفيذ الالتزامات التي أصبحت مستحيلة بسبب عائق التنفيذ وكذلك بالنسبة للالتزامات الفرعية المرتبطة بالالتزام الأصلي الذي قد تم إيقافه بسبب العائق أما بالنسبة لباقي الالتزامات التي لم تتأثر بوجود العائق وكذلك الالتزامات الفرعية التي تكون مستقلة في تنفيذها عن الالتزام الأصلي فإن نظام الوقف لا يشمل هذه الالتزامات وتظل هذه الالتزامات ملزمه للمتعاقدين ويحرك عدم تنفيذها المسؤولية التعاقدية[1].

ويتفق فقه التجارة الدولية أن نظام وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي لا يقتصر على أحد الأطراف دون الآخر وإنما يشمل جميع أطراف هذه العلاقة[2].

- **تطبيقات وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية نتيجة للاستحالة المؤقتة:-**

وقف تنفيذ الالتزامات بسبب الاستحالة المؤقتة يمكن أن نلمسه في الكثير من عقود التجارة الدولية سواء كانت هذه العقود عقود نقل أو توريد أو غيرها من العقود وسواء كانت عقود محددة المدة أم عقود غير محددة المدة.

---

1 .لمزيد من التفاصيل راجع في ذلك :-

-Anton Matte P.H. Op cit P.223
-Terillard (J.) Op cit p88
Sarraute (R.) Op cit p.52-
Mousseron (J-M) Op cit P.418-

- شريف غنام مرجع سابق ص346.

2. **Carbonnie(J.)** Droit Civil,Les Obligation Puf P.352

ونشير هنا أن الاستحالة المؤقتة كما ذكرنا آنفاً لا تنال العقد في وجوده القانوني بل تؤثر على تنفيذه خلال فترة الاستحالة ففي العقد الفوري فإن محل الالتزام لا يتأثر بالوقف ، فالتزام البائع بتسليم طن من الحبوب لا يتأثر بالاستحالة المؤقتة فبعد زوالها يكون ملزم بتسليم هذه الكميه أما في العقد الزمني أو المستمر كعقد الإيجار وعقد العمل فإن الزمن عنصر أساسي فيه وينال من محل العقد فإذا كانت مدة العقد سنه وحدثت استحالة مؤقتة لمدة ستة أشهر فإن هذه الاستحالة تؤثر على نصف المحل فلا يبقى من مدة التنفيذ سوى ستة أشهر فقط[1].

في حين اتجه رأي آخر لا نؤيده بطبيعة الحال- إلى امتداد العقد لمدة تعادل مدة الوقف تعويضا للفاقد منها وهذا يعتبر خرقا ومساسا بنظام الوقف الذي لا يجيز المساس بشروط العقد ويمنع من التعرض لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين.
وقد يتفق الأطراف على وقف تنفيذ العقد خلال تعرضه لقوه قاهره تمنع من أداء الالتزامات وقد يتم وقف الالتزامات بناء على نص قانوني وقد يتم الوقف دونما حاجه إلى اتفاق أو وجود نص قانوني حيث يستلزمه المنطق القانوني.

ومن الشروط التعاقدية التي يلجأ إليها الأطراف لوقف تنفيذ العقد حال تعرضه لقوة قاهره:

الشرط الذي ينص على أنه (يتم وقف تنفيذ العقد الحالي دون أن يرتب أية آثار خلال وجود القوه القاهرة)[2].

---

1 عبد الحكم فوده أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية منشأة المعارف ص193
2 .شرط وارد في **Fontaine (M.)**Op Cit p.226

وأيضا الشرط الذي يذهب إلى (التزامات الشركة التي لم يكن من المستطاع تنفيذها أو التي أصبح تنفيذها مستحيلا بسبب حدوث حالة قوه قاهره سيتم إيقافها بقدر بقاء القوه القاهرة)[1].

كما يتم وقف تنفيذ العقود بموجب نص قانوني حيث تحظر الدول التعاقد مع دولة العدو خلال فترة الحرب فإذا ما نشبت حرب مع دولة ما فإنه يتم وقف تنفيذ العقد خلال تلك الفترة ومن العقود الداخلية التي يتم وقفها بموجب نص قانوني هو حالة استدعاء العامل لأداء الخدمة العسكرية حيث ترى معظم الأنظمة أن الأثر المترتب على هذا الاستدعاء هو وقف التزامات العامل خلال أداءه واجب الخدمة العسكرية[2].

وقد يحدث وقف تنفيذ العقد بدون أن يكون هناك أي اتفاق مسبق في شروط التعاقد خلال فترة الاستحالة المؤقتة فإذا ما حدث إضراب من قبل العاملين في شركة معينه فإن صاحب العمل يتحرر من تنفيذ التزاماته بدفع الأجور نتيجة امتناع العمال عن تنفيذ التزاماتهم الملقاة على عاتقهم بأداء العمل.

ثانيا:- إعفاء أطراف العلاقة التجارية الدولية من المسؤولية عن عدم التنفيذ خلال مدة الوقف.

إذا ما تم وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي بسبب الاستحالة المؤقتة فإن النتيجة المنطقية التي ستترتب على ذلك هو إعفاء أطراف العقد التجاري الدولي من المسؤولية عن عدم تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتقهم خلال فترة الوقف.

---

1 مشار اليه في **Delaume (G.R):** Excuse Op Cit..P.256

2 .قريب من ذلك عبدالوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص 801.

فيعفى المدين بأداء عمل من تنفيذ التزاماته خلال فترة الوقف ويكون خلال هذه الفترة بمنأى عن المساءلة القانونية نتيجة عدم التنفيذ كما يعفى المتعاقد الآخر من أداء الثمن أو المقابل خلال تلك الفترة.

ولا يشكل إعفاء الأطراف من التزاماتهم بصفه وقتيه أي مساس بجوهر العقد فالوقف لا يمتد إلى أساس الالتزام أو وجوده فالعقد يظل منتجا لكل آثاره ولكن هذه الآثار لا تنفذ خلال فترة وقف تنفيذ العقد[1] فتبقى العلاقة قائمه بين الأطراف ويترتب على بقاء هذه العلاقة طوال فترة الوقف المحافظة على بعض الالتزامات الناشئة من تلك العلاقة حتى يكون للعقد فاعليته وقوته عند زوال المانع[2].

ثالثا:- استئناف تنفيذ العقد عند زوال المانع:-

ذكرنا آنفا أن تعرض العقد التجاري الدولي لأي عائق يحول دون سريانه أو استمراره في ترتيب آثاره بصفه مؤقتة ويحتفظ الأطراف بصفتهما في العقد ولكن يتم إعفائهما من تنفيذ التزاماتهما لحين زوال المانع الذي أعاقهما من تنفيذ التزاماتهما .

وعند زوال المانع فالنتيجة المنطقية التي ستترتب على ذلك هو استئناف سريان العقد واستئناف تنفيذ الالتزامات المترتبة على عائق الأطراف ومساءلتهم عن عدم التنفيذ في الفترة اللاحقة على زوال ذلك المانع .

---

1 شريف محمد غنام مرجع سابق ص345.
2 عبدالوهاب بن سعد الرومي مرجع سابق ص801
وقريب من ذلك راجع أيضا **Antonmattei (P-H)** OP Cit.P222

المطلب الرابع
التزامات الأطراف خلال فترة الوقف

ذكرنا بأن الوقف هو عبارة عن حالة شلل تصيب العقد نتيجة تعرضه لمانع مؤقت أدى إلى استحالة تنفيذ الالتزامات الملقاة على عاتق المتعاقدين وبمعنى آخر أن الوقف عبارة عن حالة سبات يمر بها العقد يعود إلى وضعه السابقة عند زوال المانع، كما أن الاستحالة المؤقتة التي تمر بالعقد لا تؤثر في العقد ذاته إذ يبقى منتجا لكافة آثاره أثناء فترة الوقف إلا أن تنفيذ هذه الآثار يتم تأجيلها لحين زوال المانع.

وبما أن العقد يبقى محافظا على كيانه طوال فترة الوقف لحين زوال المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ لذلك فلا يوجد أي مانع من فرض التزامات على أطراف العلاقة التجارية الدولية وهذه الالتزامات قد تكون عند بداية حدوث المانع كالالتزام بإحضار الدائن لحدوث الاستحالة المؤقتة وهناك الالتزامات تفرض على المتعاقدين خلال فترة الوقف كالالتزام بالمحافظة على العقد[1] أما الالتزامات التي تفرض على الأطراف بعد زوال المانع هو استئناف سريان العقد لحظة زوال المانع وسوف نتناول هذه الالتزامات بشيء من التفصيل:-

---

[1]حسام كامل الدين الأهواني مرجع سابق ص389

أولا:- الالتزام بإخطار الدائن بحدوث الاستحالة المؤقتة

يقع على عاتق المدين عند حدوث الإستحاله المؤقتة والتي تمنع المدين من تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العلاقة التجارية الدولية يقع على عاتقه واجب إبلاغ الدائن بحدوث المانع المؤقت الذي أدى إلى استحالة التنفيذ بصوره مؤقتة.
والسبب الذي أدى إلى إلزام المدين بإخطار الدائن بحدوث المانع هو تمكين الدائن في العلاقة التجارة الدولية أن يحتاط لنفسه وأن يتخذ من الوسائل التي تتناسب والاستحالة المؤقتة فعلى سبيل المثال لو أبرمت شركه إماراتيه اتفاقيه تجاريه مع شركه أجنبيه بغرض توريد بضائع معينه خلال فترة زمنية محددة ثم بعد ذلك حدث إضراب أو حرب أهليه منعت الشركة الأجنبية من تنفيذ التزاماتها بصوره مؤقتة فإنه سيقع على عاتق الشركة الاجنبيه عبء إبلاغ الشركة الإماراتية بحدوث الاستحالة وذلك حتى تتمكن الشركة الثانية من اتخاذ كافة الوسائل التي تتناسب مع الوضع الجديد كالاتفاق مع شركات أجنبيه أخرى تقوم بنفس النشاط أو الامتناع عن إبرام أية عقود داخليه مع شركات إماراتيه أخرى خلال فترة الاستحالة المؤقتة.

كما أن إخطار الدائن بحدوث الاستحالة المؤقتة يمكنه من معرفة الوقت الذي حدث فيه المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ وبالتالي وقف تنفيذ العقد كما يمكنه من تقدير الوقت الذي سينتهي عنده هذا المانع وسيستأنف سريان العقد عند زواله وإن كان المدين ملزم بإخطار الدائن بحدوث الاستحالة المؤقتة إلا أن هذا الإخطار ليس مقصورا على المدين وحده وإنما يقع أيضا على عاتق الدائن فقد يعرف الدائن بالأسباب التي من الممكن أن تؤدي إلى زوال المانع لحظة حدوثه

فإخطاره للمدين بلحظة وقوع المانع الذي أدى إلى حدوث الإستحاله المؤقتة والأسباب التي تؤدي إلى تجاوز هذا المانع يعتبر التزاماً يلقى على عاتق الدائن أيضا في حالة وقف العقد.

ثانيا:- الالتزام بالمحافظة على العقد التجاري الدولي خلال فترة الوقف:

إن الهدف من ابتداع نظام وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي عند تعرضه لأي مانع أدى إلى استحالة التنفيذ بصوره مؤقتة هو المحافظة على بقاء العقد واستمراره وعدم المساس به عند تعرضه لتغير في الظروف تمنع الأطراف من التنفيذ خلال مده معينه ثم استئناف سريانه لحظة زوال المانع وذلك للحيلولة دون فسخ العقد[1]. ويفرض الوقف على جميع أطراف العلاقة التجارية الدولية الدائن والمدين على حد سواء واجب المحافظة على العقد التجاري الدولي خلال مدة بقاء المانع أو خلال فترة وقف تنفيذ العقد حيث يلتزم الأطراف بالقيام بكافة الوسائل التي من شأنها المحافظة على العقد كما يمنع الأطراف من القيام بكل ما من شأنه المساس بالعقد أو إعاقة سريانه عند زوال المانع[2].

كما يرى جانب آخر من الفقه أن عدم الحاجة إلى وجود شرط صريح في العقد يلزم الأطراف بالمحافظة على العقد خلال فترة الوقف يرجع إلى وجود شرط ضمني مبني على نيتهم في بقاء العقد واستمراره ومنع فسخه وهذا بدوره يترجم

---

1 **Sornarajah (M)**: Supremacy Of The Renegotiation Clause in International Contracts, J.Int Arb, 1988 esp.p.109

2 انظر في هذا المعنى: شريف غنام أثر تغير الظروف مرجع سابق ص 351
Treillard (J) Op Cit P . 86

استعدادهم بالقيام بكافة الإجراءات التي من شأنها المحافظة على كيان العقد ووجوده[1].

وتتباين التزامات أطراف العلاقة التجارية الدولية في سبيل المحافظة على العقد خلال فترة الوقف فقد تكون التزامات إيجابيه كالقيام بإجراءات معينه تحافظ على بقاء العقد وقد تأخذ مظهر سلبي في منع المتعاقدين من القيام بأي إجراءات من شأنها المساس بكيان العقد واستمراره وبالتالي التأثير على وجود العقد.
ومن الالتزامات التي تأخذ المظهر الايجابي وتلقى على عاتق المتعاقدين أثناء فترة الوقف واجب المحافظة على الشيء محل التعاقد فالمدين بنقل بضائع معينه قابله للتلف يلقى على عاتقه القيام بكافة الإجراءات اللازمة لحفظ هذه البضائع ومنعها من التلف أثناء فترة الوقف كقيامه بتقديم الطلبات اللازمة للحصول على أية ترخيص أو إذن يقتضيه حفظ تلك البضائع محل التعاقد ومن الالتزامات الايجابية التزام المدين بحفظ الأداءات المقدمة من الدائن في حال عدم قدرته على تقديم المقابل بسبب توقف العقد أو إعادته إلى الطرف الآخر كما يقع على عاتق الأطراف السعي نحو تجاوز المانع الذي أدى إلى استحالة تنفيذ العقد عن طريق تقديم المساعدات اللازمة أو أية معلومات قد تساهم في تجاوز تلك المحنه.

أما لالتزام السلبي الذي يقع على عاتق الأطراف فهو التزامهم بعدم القيام بأي عمل أو إجراء من شأنه المساس بكيان العقد أو التأثير على بقاءه وذلك عن طريق امتناع الأطراف عن القيام بأي أعمال أثناء فترة وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي ومن شأنها فسخ العقد وانقضاء الالتزام.

---

1 انظر في هذا المعنى: شريف غنام أثر التغير الظروف مرجع سابق ص 352

وبما أن فسخ العقد سيؤدي إلى الإضرار بأحد المتعاقدين لذلك فإن الطرف الغير متضرر من هذا الفسخ من الأفضل له عدم المطالبة بفسخ العقد لحين التأكد من مدة بقاء المانع وذلك منعا لإضرار الطرف الآخر من عملية فسخ العقد وبناءً على ذلك على الطرف الدائن عدم استخدام حقه في فسخ العقد لحين التأكد من أن المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ سيستمر لمده غير معلومة أو أن فترة بقاءه لن تمكن الأطراف من استخدام نظام الوقف الذي سيكون من غير المفيد استخدامه ففي هذه الحالات يجوز للدائن استخدام حقه في فسخ العقد عن طريق اللجوء إلى القاضي أو المحكم التجاري الدولي أما إذا كان المانع مؤقتا وكان من الممكن الاستمرار في تنفيذ العقد عند زوال المانع فيقع التزام سلبي على الأطراف بعدم التعرض للعقد والمطالبة بفسخه[1].

وبما أن نظام وقف العقد جاء تحقيقاً لمصلحة الأطراف في استمرار العقد وبقاءه لذلك فإن أعطاء الأطراف حق المطالبة بفسخ العقد عند تعرضه لأي مانع مؤقت سيعدم بالتالي جميع الفوائد المرجوة من نظام وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي لذلك فإن التعويض هو الجزاء المترتب على قيام أحد الأطراف بالمطالبة بفسخ العقد في حال تضرر الطرف الآخر من هذا الفسخ.

---

[1] المرجع السابق.

المطلب الخامس
نهاية وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية

من غير المعقول أن يظل وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي لمدة طويلة أو لمدة غير معلومة أو من غير الممكن تقديرها نظراً لحساسية نظام الوقف وهدفه الرامي إلى تحقيق مصلحة الإطراف عن طريق المحافظة على العقد واستمراره[1] لذلك فان طول مدة الوقف عن ما هو مقدر سيؤدي إلى نتائج سلبيه وسيضر بكل تأكيد بأطراف هذه العلاقة.

فالمدة التي فيها وقف تنفيذ العقد قد تحدث خلالها تغيرات في الأسعار أو الانظمه والقوانين والاتفاقيات المتعلقة بالجمارك والنقل وغيرها من الأمور ذات الاعتبار في العلاقات التجارية الدولية لذلك رأينا من خلال هذا المبحث أهمية تحديد مدة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية ونهاية الوقف من خلال مطلبين متتاليين.

الفرع الأول : مدة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية .

الفرع الثاني : نهاية وقف تنفيذ عقود التجارية الدولية.

---

1 **Kahn(ph):** op. cit., p. 482

الفرع الأول

مدة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية

يستمر وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية طوال فترة بقاء الحدث لحين زوال المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ فالوقت يخضع بطبيعة الحال إلى إرادة الأطراف كما يستطيع القاضي أو المحكم الدولي الحكم بوقف تنفيذ العقد عند توافر شروط الوقف مستنداً في ذلك على بعض اتفاقيات التجارة الدولية وبعض العقود النموذجية ويتم تحديد مدة الوقف بناءاً على ذلك.

وتثور المشكلة عند عدم قيام الأفراد بتحديد مدة وقف العقد فهل يتم الوقف طوال مدة بقاء المانع وحتى إن تم الإضرار بأحد أطراف هذه العلاقة أو أن القاضي أو المحكم التجاري يعطى سلطة تقديريه في تحديد مدة الوقف؟

قبل الإجابة على التساؤل لابد من أن نضع في الاعتبار انه لتحديد مدة وقف تنفيذ العقد يجب تحديد لحظه بداية وقف التنفيذ كما أن تحديد هذه اللحظة يعتمد على لحظة بداية المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ حيث أن الوقف يعتبر أحد نتائج تغير الظروف المحيطة بالعقد والمتمثل في حالة القوة القاهرة.

وبناءً على ذلك ينص شرط القوة القاهرة على أنة سيكون واجبا على الطرف الراغب في الانتفاع من وضع القوة القاهرة إخطار الطرف الآخر في أقصر مدة قد تكون ثمانية أيام محسوبة من اليوم الذي علم فيه بوقوع حدث القوة القاهرة[1].
ونقطة بداية وقف العقد قد تتحدد باليوم الذي قام فيه الطرف المتضرر بإرسال الإخطار إلى الطرف الآخر أو بلحظة تلقى الطرف الآخر لهذا الإخطار وفقاً لما تم الاتفاق عليه[2] أما إذا لم يتم الاتفاق على ذلك فنحن من جانبنا نرى بأن سريان مدة وقف تنفيذ العقد يبدأ من اليوم الذي باشر فيه الطرف المتضرر بإرسال الإخطار للطرف الآخر وذلك حماية للطرف المتضرر من جراء القوة القاهرة بإجباره على تنفيذه الالتزام على تنفيذ الالتزام في ظل هذا التغير المفاجئ للظروف خصوصاً أن الطرف الآخر في غالب الأحيان سيكون في دولة أخرى وقد يستغرق إخطاره مدة من الوقت .

وقد ذكرنا آنفاً أنه لا تثور أدنى مشكلة عند قيام أطراف العلاقة التجارية الدولية بتحديد المدة التي يتم فيها وقف تنفيذ العقد عند تعرضه لمانع مؤقت وذلك تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة فوقف تنفيذ العقد يتم وفقاً لما تم الاتفاق عليه ومن هذه الشروط الشرط الذي ينص على أن ((التزامات الشركة التي أصبح تنفيذها مستحيلاً بسبب القوة القاهرة سيتم إيقاف تنفيذها بقدر بقاء مدة القوة القاهرة))[3].
ويلاحظ على الشرط السابق إن الأطراف ربطوا الوقف بالمانع الذي أدى إلى استحالة تنفيذه دون تحديد صريح لمدة الوقف.

---

1 نرمين محمد محمود صبح مرجع سابق ص 476
2 **Delaume (G.R)** Excuse .. OP Note (12), P.246
3 **Delaume (G.R)** Excuse .. OP Cit P.256

وقد يغفل الأطراف تحديد المدة التي يوقف فيها تنفيذ العقد، ومن أمثلة ذلك الشرط الذي ينص على أنه ((سيوقف تنفيذ التزامات المتعاقدين عندما يصبح تنفيذ هذه الالتزامات مستحيلاً بسبب حدث القوة القاهرة))[1]. ففي هذا الشرط لم يحدد أطراف العلاقة المدة التي سيتم فيها وقف تنفيذ العقد، ولم يربط مدة الوقف بمدة القوة القاهرة .

وفى حالات أخرى يتم تحديد المدة بناء على اتفاق صريح بين الأطراف حيث يقوم أطراف العلاقة التجارية الدولية بالاتفاق على وقف تنفيذ العقد لمدة ثلاثة أشهر أو ستة أشهر أو حتى ثمانية أشهر.

أما بالنسبة لاتفاقيات التجارية الدولية وفى مقدمتها اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (فينا1980) فهي تربط مدة الوقف بمدة بقاء الحدث حيث تنص المادة 3\79 بأن ((ينتج الإعفاء المنصوص عليه في هذه المادة أثره خلال الفترة التي يبقى فيها العائق قائماً))[2]. أي أن وقف تنفيذ أية عقود خاصة للاتفاقية يكون مرهون بمدة بقاء القوة القاهرة التي منعت أطراف العلاقة التجارية الدولية من تنفيذ التزاماتهم مع مراعاة باقي الاعتبارات التي لا بد من توافرها لتطبيق نظام الوقف.

---

1 شرط مشار إليه في شريف غنام مرجع سابق ص 361
نرمين محمد مرجع سابق ص 474

2 شرط وارد في إتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع مادة 3/79 د. محمود سمير الشرقاوي العقود التجارية الدولية ص 221
((The exemption provided py this article has effect for the period during which the impediment exists))

أما إذا لم يحدد الأطراف مدة معينه لوقف تنفيذ العقد فإن القاضي أو المحكم التجاري الدولي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في تحديد مدة وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية واضعا في اعتباره أهمية هذا العقد بالنسبة للأطراف ومدى إمكانية استئناف تنفيذ العقد بعد زوال المانع والمدة المتبقية من العقد ومقدار الضرر الذي سيتعرض له الأطراف نتيجة لهذا الوقف ، وخلاصة ذلك أن القاضي أو المحكم التجاري الدولي سيضع في الاعتبار جميع الظروف المحيطة بالعقد والأطراف عند الحكم بوقف تنفيذ العقد التجاري الدولي .

الفرع الثاني

نهاية وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية

ابتدع نظام الوقف حماية لأطراف العلاقة التجارية الدولية من فسخ العقد والآثار الضارة المترتبة على كلا المتعاقدين نتيجة الفسخ فالوقف نظام قانوني جاء لحماية المتعاقدين من جراء تغير الظروف التي قد تحيط بالعقد وتؤثر في قدرة الإطراف على تنفيذ التزاماتهم في العقد.

ونظام الوقف يعتبر حلا وقتيا لهذه المشكلة فالسمة المميزة لهذه النظام أنه نظام مؤقتاً فلو امتاز هذا النظام بصفة الديمومة لزالت العلة من ابتكاره، وهو حماية الأطراف، ولرتب آثاراً سلبيه لكلا إطراف العلاقة التجارية الدولية ولامتدت هذه الآثار للدول التي ينتمي إليها الأطراف في بعض الأحيان.

ولطالما أن نظام الوقف يعتبر نظاماً مؤقتاً يرتبط وجوده بوجود المانع الذي أدى إلى منع تنفيذ العقد أو قد يرتبط في حالات أخرى على اتفاق الأطراف لذلك فإن

نظام الوقف لابد له من نقطة نهاية تنتهي عنده حياة الوقف فيستمر فيه تنفيذ العقد التجاري الدولي أو ينفسخ تبعاً للظروف المحيطة به ، وهناك عدة طرق لانقضاء نظام الوقف نفصلها بالآتي:-

أولاً- انقضاء الوقف عند زوال المانع المؤقت:-

يعتبر زوال المانع أو القوة القاهرة المؤقتة أحد أهم الأسباب الرئيسية لانقضاء وقف تنفيذ العقد التجاري الدولي والنتيجة المنطقية التي تترتب على انقضاء الوقف في هذه الحالة هو استئناف سريان العقد وترتيب آثاره.

ويعتبر عودة العقد إلى السريان واجباً على كلا المتعاقدين فلا يجوز لأحدهما أن يخل بالتزامه في تنفيذ العقد حيث يعتبر المتعاقد مرتبكاً لخطأ تعاقدي وتقوم في حقه المسئولية التعاقدية نتيجة هذا الإخلال[1].

وفيما يتعلق بالعقد الذي يتم استئناف سريانه فإنه لا يختلف عن العقد الأصلي الذي أبرم قبل الوقف لا من حيث شروطه أو نوعه فنظام الوقف لا يؤدي إلى خلق عقد جديد وإنما يؤدي إلى تأجيل تنفيذ الالتزامات لحين زوال المانع الذي منع الإطراف من تنفيذ العقد وجعله مستحيلاً بصفه مؤقتة ، لذلك فنظام الوقف لا يمس العقد في ذاته ولا شروطه لأن الأطراف يعودون إلى التزاماتهم الأصلية السابقة على وقف تنفيذ العقد.

---

1 انظر ذلك في **Antonmattei (P.H)** OP. Cit. P229
Treillerd (G), OP Cit, P95
وانظر أيضا شريف غنام ، مرجع سابق.

ويثور التساؤل في هذه الحالة إذا ما أصبح تنفيذ أحد الأطراف لالتزامه بعد انتهاء مدة الوقف مرهقاً له فقد ترتفع أجور الأيدي العاملة أو أجرة النقل والشحن وما إلى غير ذلك من الأمور التي قد تتأثر بمرور الوقت والتي قد تسبب لأحد الأطراف بتعرضه لخسارة فادحه فهل يحق له المطالبة بتعديل شروط العقد وفقاً للوضع الحالي بعد زوال المانع وانتهاء الوقف ؟ أم أنه يلتزم بشروط العقد الأصلي ويتحمل بالتالي لأية تكاليف إضافية؟

لا نستطيع القول بأن التحكيم له سلطة واسعة في هذا المجال طالما أن العقد خلا من وجود أي شرط يسمح بمراجعة شروط العقد بعد زوال المانع أو أن النظام القانوني الذي يتبعه العقد التجاري لا يأخذ بنظرية الظروف الطارئة أما إذا تضمن العقد التجاري الدولي شرطاً يسمح بموجبه لأطراف العلاقة مراجعة أحكامه أو أن النظام القانوني الذي يتبعه العقد يأخذ بنظرية الظروف الطارئة فإنه يجوز للقاضي أو المحكم التجاري الدولي التدخل بتعديل شروط وأحكام العقد ليكون متوافقاً مع الوضع الجديد بعد انتهاء مدة الوقف.

ونحن من جانبنا نرى ضرورة إعطاء التحكيم التجاري الدولي سلطات أوسع من حيث تعديل شروط العقد وفقاً للظروف الجديدة بعد انتهاء مدة الوقف.

ثانياً- انقضاء الوقف في حال عدم الجدوى من تنفيذ العقد:-

ينقضي وقف تنفيذ عقود التجارة الدولية إذا ما أصبحت المدة المتبقية بعد زوال المانع الذي أدى إلى استحالة التنفيذ غير مفيدة لكلا أطراف العلاقة التجارية الدولية فمثلاً التاجر الذي اتفق مع شركة أجنبية لتزويده بسلعه معينه لعرضها في

أحد المعارض بالدولة فلو كان زوال المانع في نهاية فترة المعرض وأن المدة المتبقية قصيرة جداً بأن تغطي التكاليف التي تكبدها التاجر في سبيل الإعداد والتجهيز لهذا المعرض لذلك فإنه يجوز له المطالبة بفسخ العقد على أساس أن الاستحالة المؤقتة قد تحولت إلى استحالة نهائية.

ثالثاً- اتفاق الأطراف على انقضاء الوقف:-

قد يتفق أطراف العلاقة التجارية الدولية على انقضاء الوقف ولا يملك المحكم التجاري الدولي أو القاضي في هذه الحالة الا الرضوخ لطلب الأطراف إعلاءً لمبدأ سلطان الارادة وبناءً على ذلك فقد يتفق الاطراف على انقضاء الوقف وزوال الالتزامات الملقاه على عاتقهم كما قد يتفق الأطراف على اجراء بعض التعديلات في شروط العقد لما يتوافق مع الوضع الجديد وهو ماسيكون نطاق بحثنا التالي[1].

[1] شريف غنام ، المرجع السبق.

المبحث الثاني
إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية

تعتبر إعادة التفاوض هي النتيجة المترتبة على تطبيق شرط الطوارئ Hardship وكذلك عند تطبيق القوة القاهرة بمفهومها الحديث[1] ، حيث تلزم الأطراف بضرورة الجلوس إلى طاولة المفاوضات وملائمة عقدهم مع الظروف الجديدة ، وهناك عدة وسائل يتم بها إعادة التفاوض سنتناولها بشيء من التفصيل في هذا المبحث .

المطلب الأول
طرق تحديد شروط إعادة التوازن

أيا كان وضع شروط إعادة التوازن موضوع التنفيذ، وأيا كانت مجالات تطبيق شروط إعادة التوازن فإنها تفترض أن يختار الأطراف تقنية قانونية معينة لصياغتها . قد تتمثل تلك التقنية في أن تتم إعادة التوازن للعقد بصورة تلقائية دون تدخل من جانب الأطراف، وذلك بموجب اتفاق سابق يتم وضعه عند صياغة العقد.

(أ) وقد يتمثل أسلوب صياغة شرط إعادة التوازن في ألا يتم هذا التوازن تلقائياً وإنما بموجب اتفاقات لاحقة يتم إبرامها بين الطرفين أثناء تنفيذ العقد لمواجهة كل ظرف أو حادثة تطرأ على حدة وفي وقت حدوثها(ب) .

---

1 يرى البعض بأن هناك حالات يكون فيها من المستحيل التمييز بين شرط القوة القاهرة وشرط الطوارئ ، أو وضع حد فاصل بينهما ، وذلك عندما تتشابه الاحداث التي يواجهها كل منهما ، وكذلك عندما يؤدي حادث القوة القاهرة بمفهومها الحديث إلى إيجاد حل على اساس إعادة التفاوض بين الاطراف ولمزيد من التفاصيل راجع
Obeid (g): le cal….. op cit 257

أ- شروط إعادة التوازن تلقائياً

تعتبر عملية إعداد وصياغة شروط إعادة التوازن عند إبرام العقد من أكثر العمليات حساسية وصعوبة في ذات الوقت ، لأنها تفترض أن يتعرف الأفراد مقدماً على المخاطر العديدة التي قد تواجه العقد عند تنفيذه ويتصورون لها نظماً مختلفة تكون كفيلة بإعادة التوازن تلقائياً للعقد .

وهذا الأسلوب من أساليب الاتفاق المسبق على آلية معينة تكون كفيلة بإعادة التوازن تلقائياً للعقد ممكن أن تنصب على آجال تنفيذ الالتزامات أو على أجل العقد ذاته أو على الثمن أو غير ذلك من بنود العقد .[1]

ولكن هذا التوازن التلقائي قد يؤدي إلى أن أحد طرفي العقد قد لا يصل إلى حجم الأعمال الذي كان يبتغيه من وراء هذا العقد . فقد يحرمه مثلاً من شرط القصر أو الحصر الذي كان يتمتع به، وقد يضطر إلى دفع المبلغ الذي كان يتوقع أن يحصل عليه من العقد في تنفيذ شرط جزائي .

إلا أن انخفاض المردود التجاري أو المالي قد يكون له تبريره في وضع المزيد من الالتزامات على عاتق الطرف الآخر، والتي لم تكن منصوص عليها في العقد الأصلي.

1: **cornu**: la clause d indexation 1966 p 271

إلا أن نظام إعادة التوازن يكون معقداً في معظم الأحيان، لأنه يهدف إلى تحديد مضمون التوازن ذاته . ووفقاً لكل حالة على حدة يستطيع الأطراف اللجوء إلى أسلوب إعادة التوازن الفوري **(1)** أو إعادة التوازن الآجل وغير المباشر. **(2)**.

1- أسلوب إعادة التوازن الفوري

إن إعادة التوازن يمكن أن يتم فورياً ودون اللجوء إلى أي إجراء حسابي أو أي تقدير ويفترض ذلك وجود عنصر متغير في العقد ويتم تعيين مرجع يتم الرجوع إليه لتحقيق إعادة التوازن في ضوء هذا العنصر كما يتم تعيين هذا المرجع وفقاً لضوابط وشروط معينة[1] سيتم تناولها بشئ من التفصيل :-

أ- المرجع :

ومن أجل تحقيق مهمة إعادة التوازن وتلافي المخاطر التي يمكن أن تنجم نتيجة لتغيرات في الظروف تحدث أثناء تنفيذ العقد فإن الأطراف يستطيعون تعيين مرجع وفقاً للقواعد القانونية الصحيحة .

*** اختيار المرجع:**

يمكن أن نتصور عدة أنواع للمراجع . فمنها ما هو بسيط جداً ويحدث بصفة يومية ، ومنها ما هو معقد جداً ، ومنها ما هو متفق عليه مسبقاً ، ومنها ما يتم اختياره حسب الظروف ، وهم في جميع الأحوال يتم اختيار الأطراف لهذا المرجع على ضوء المخاطر المراد تغطيتها ونوع المخاطر التي تتعلق بالعملية

---

1 *ibid*

التجارية التي يأخذها الأفراد في اعتبارهم . سواء كانت تلك المخاطر متوقعة أو غير متوقعة . فالأطراف يختارون المراجع في ضوء تخوفاتهم من المخاطر التي أحدثتها تغيرات الظروف المحيطة بالعقد ، ومن أكثر هذه التخوفات ما يتعلق بالثمن أو محل العقد أو مدته.

وقد يكون اختيار المرجع في داخل العملية التعاقدية ذاتها . وقد يكون هذا الاختيار منصب على نشاط الدائن . ولكن في معظم الأحيان يكون منصب على نشاط المدين . ومن الممكن أن يكون المرجع ذات طابع مالي أو متعلق بحجم الأعمال أو الفوائد ، وفي معظم الأحيان قد يكون مادياً مثل براءة الاختراع التي تمنح من أجل كميات الإنتاج ، أو عقود التأمين على السيارات التي تحدد قيمة الأقساط على أساس المسافات المقطوعة ، وأحياناً فقد يكون عبارة عن عقد معونة وتوريد يرتبط بكمية الإنتاج التي يتعين على المشتري أن يشتريها .

وفي بعض الأحيان يستطيع أيضاً الأطراف أن يربطوا أحد العناصر الحساسة في العقد بمرجع خارجي ، حيث سيختارون مرجع مالي مثل الذهب وعملة أجنبية إذا كان يخشى من انتقاص أو انخفاض سعر الصرف . وقد يكون المرجع ذات طابع مادي ، مثل سعر التمويل أو تكلفة البناء إذا كان الأطراف يخشون من أن قيمة منتجهم أو خدماتهم لا تساوي قيمة السوق.[1]

ومن الممكن أن يختار الأطراف المرجع الذي يمكنهم من إعادة توازن العقد لمواجهة عقود منافسيهم ، كأن يختار الأطراف أحد البورصات أو ينصون في

---

1 يتم تحديد السعر استنادا إلى مؤشر متحرك، راجع في ذلك جاك غستان مرجع سابق ص 365

العقد على العميل الأولى بالرعاية لتحديد السعر أو الثمن ويتجنبون بذلك تغير الثمن المتفق عليه عند إبرام العقد ، كما يمكن أن يربطوا بين موضوع العقد وأحوال السوق ، وذلك بالربط بين كمية المنتجات المسلمة والتطور في نمو عدد السكان وكمية البضاعة الناقصة، كما أن موضوع العقد ذاته ممكن أن يرتبط بالمنافسة كما يحدث بالنسبة لعقود الإيجار التي ينص فيها على التزام المؤجر بأن يطرح في الأسواق جهاز متكامل يضعه المؤجر تحت تصرف المستأجر.

ويمكن أن يكون المرجع أيضاً ذا طابع سياسي أو اجتماعي أو اقتصادي، حيث يمكن أن يربط الأطراف بين حادث معين مثل الإضراب أو نقص المخزون السلعي وإعادة التوازن في العقد في ضوء هذه الظروف . فالواقعة المختارة كمرجع هنا لا يشترط أن يتوافر لها خصائص القوة القاهرة ، لأن من المفروض أنها متوقعة ومنصوص عليها في العقد . ففي هذه الحالة قد يتفق على إيقاف العقد طوال مدة وجود الحدث الطارئ[1] الذي أثر على قدرة الأطراف في تنفيذ العقد وإيقاف الالتزامات الرئيسية طالما أن باقي الالتزامات تنفذ وفقاً لبنود العقد.

*** شرعية وصلاحية المرجع :**

إن اختيار المرجع لا يتم بحرية مطلقة ، فيجب ابتداءً أن يكون محدداً ، ففي مجال السعر مثلاً ، فإن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بعدم صحة الشروط التي يتم تحديدها بواسطة المنافسين دون تحديد الطريقة التي يتم بها تحديد هذا السعر فقالت المحكمة في هذا الخصوص : **" وحيث قد تبين أن سعر الموردين لم يكن**

---

1 راجع في ذلك ما ورد ذكره حول نظام الوقف

محدداً فإن محكمة الاستئناف كان بوسعها أن تعتبر الإشارة إلى السعر المتداول عملاً في السوق ليس كافياً لتحديد هذا السعر".[1]

وبلا شك فإن اشتراط أن تكون الإشارة للمرجع واضحة يجب تطبيقها بالنسبة لجميع شروط إعادة التوازن في العقد .

وكذلك فإن المرجع يجب أن يكون مستقلاً عن الأطراف بشرط ألا يكون قد تم اختياره من قبل أحد الطرفين ، لأن الطرف الآخر في هذه الحالة سيوقع العقد على بياض ، فيكون هو الآخر قد أختار المرجع فلا يكون من ثم المرجع مستقل عن الأطراف في هذا الفرض.

وإن كان هذا الوضع منتقد. وقد سبق لقضاء النقض أن تعرض لمثل هذا النوع من الشروط في قضاء أطلق عليه" الاعتماد السويسري" وكانت تتعلق القضية في هذا الحكم بالتنازل عن تحديد جزء من الثمن وترك أمر تحديده إلى المؤجرين وهذا معناه أن أحد الطرفين وهو الذي يتولى تحديد الجزء من الثمن ، وهذا قد يؤدي إلى التأثير على قيمة المبالغ المستحقة كإيجار .

وكانت محكمة باريس قد أبطلت شرط تحديد السعر استناداً لحكم المادة/ 1591 من القانون المدني وجاءت محكمة النقض ورفضت الطعن في هذا الحكم وقضت بالآتي:"إن محكمة الاستئناف عندما تأكدت أن ثمن التنازل لا يمكن أن يتم تحديده استقلالاً عن إرادة المتنازل طالما أن هذا الأخير كان له سلطة وإمكانية التأثير

---

1 **Regis faber** : les clauses d adaptation dans les contrats. Rev.term civ 1983

على عناصر هذا الثمن في وقت لاحق على إبرام العقد فإن قضاءها ببطلان هذا الشرط وبطلان عقد البيع المبني عليه استناداً لحكم المادة/ 1591 قد جاء متفقاً مع صحيح حكم القانون . إلا أن هذا القضاء من قبل محكمة النقض يعتبر مقلقاً.[1]

والسبب في ذلك أن هذا الحكم من شأنه أن يجرنا إلى البحث ، وبعناية خاصة ، في كل العقود التي يتوقف تحديد جزء من الثمن فيها على إرادة أحد أطرافها . وما ذهبت إليه المحكمة في هذا الخصوص لا يتعلق بالفرض الذي نناقشه ، حيث أن ما قضت فيه محكمة الاستئناف لا يتعلق بتحديد السعر كلية على إرادة المتعاقدين ، فالأمر كان يتعلق بمسألة لا يكون تحديد السعر فيها نهائياً إلا بعد موافقة الطرف الآخر وبالتالي لا يمكن القول في هذا الخصوص بأن تحديد السعر والثمن كان متوقفاً على إرادة أحد طرفي العقد فقط.

وأخيراً فإنه وفقاً للمرسوم الصادر في 20 ديسمبر 1958 فإن المرجع يجب أن يكون مرتبطاً بالمحل الذي يريد الأطراف تحقيقه أو مع مجال نشاط أطرافه حيث ينص هذا المرسوم على أنه :

" ولا يجوز تعيين مرجع إذا كان المال أو الخدمة الذي اختير المرجع لتحديدها لا يتعلق مباشرة بموضوع العقد أو بنشاط الطرفين".[2]

وتقدير مدي تعلق المرجع بنشاط الأطراف أو بموضوع العقد هي مسألة واقع تستقل بها محكمة الموضوع . إلا أن هذا الشرط قد يكون محدداً . فالمرجع المالي

---

ibid 1
ibid 2

إلى الذهب مثلاً أو إلى عملة أجنبية غير مسموح به في العقود الدولية . فهو محرم في البداية من قبل محكمة النقض ثم سمح به بعد ذلك من جانب ذات المحكمة عندما أصبحت تجارة الذهب مباحة . ثم بعد ذلك قد حدد القانون نفسه وحظر هذا النوع من المراجع في مجال التجارة الدولية . كما أن هناك قيداً آخر على مثل هذا المرجع هو ألا يكون متعارضاً مع الرقابة على النقد التي نظمها المرسوم الصادر في 24 نوفمبر سنة 1961.[1]

إعادة التوازن :

يفترض إعادة التوازن التلقائي للالتزامات العقدية إقامة علاقة بين المرجع المختار وأحد العناصر المتغيرة في العقد . وتلك العلاقة قد تكون مباشرة ويكون ذلك عندما ينص الأطراف على المرجع ضمن بنود العقد . ويحدث غالباً عندما يترك تحديد الثمن لأحد البورصات.

وقد يفضل الأطراف إقامة علاقة غير مباشرة أو مطلقة بين عنصر العقد ومرجعه ، وذلك عندما تكون متغيرات الأخير مرتبطة بمتغيرات الأول . فعنصر العقد يمكن أن يتمثل أولاً في النسبة المئوية البسيطة التي تطبق على المرجع بحيث يجوز للمرجع مع الوقت زيادة تلك النسبة أو تخفيفها وعادةً ما يستخدم هذا الأسلوب في عقود الاتصالات وعقود المعرفة الفنية وعقود الملكية الفكرية .
وقد تكون العلاقة أيضاً عبارة عن قاعدة ثلاثية فالسعر المطلوب والذي يمثل السعر الأساسي مضروباً في النسبة المئوية التي يحددها المرجع ومقسوماً على

---

1 ibid

قيمة السوق وتلك العلاقة الثلاثية قد تكون معقدة . وقد تخضع إلى بعض التعديلات .

ويتميز هذا الأسلوب من ربط العلاقة بين المرجع وأحد عناصر العقد المتغيرة بأنه معروف ومقبول من قبل الأطراف لحظة توقيعهم للعقد . فالمدين يعرف نتيجة لذلك ما هو ملتزم به لأنه يثق في تلك العلاقة الحسابية والرياضية لأن المرجع سيقوم قبل إبرام العقد بدراسة كل الاحتمالات التي يمكن أن تحدث والتي على أساسها يتم تحديد أسلوب وطريقة إعادة التوازن ، ومن ثم فإن المدين سيقبل النتائج التي يمكن أن تحدث نتيجة هذا الربط بين عنصر العقد والمرجع .

ولكن هذه العلاقة في بعض الأحيان ممكن أن تتعرض لبعض الصعاب وذلك عندما يختفي المرجع طواعية أو جبراً . ففي حالة اختفاء المرجع فجأة فإن تنفيذ العقد سيتعرض لصعوبة ، لاسيما إذا لم يكن الأطراف قد حددوا بديلاً في العقد لهذا المرجع . وفي هذه الحالة يعهد إلى قاضي الموضوع بمهمة المحافظة على شرط إعادة التوازن وعلى العقد ذاته ، والقاضي يقوم بهذه المهمة عن طريق إعمال سلطة التقدير في إعادة التوازن للالتزامات في العقد تطبيقاً لشرط الطوارئ .

كما أن انتهاء مسألة إعادة التوازن من قبل المرجع قد تكون اختيارية ، فقد ينص الأطراف على إيقاف عمل المرجع إذا كان الأسلوب المحاسبي لهذا المرجع قد أصبح لا يتفق ومختلف مع المفترضات التي سبق تحديدها لهذا المرجع . وفي هذه الحالة فإذا لم يكن القانون قد نص على رقابة معينة لعقدهم فإن الأطراف

سيقررون وقف عمل المرجع منذ اللحظة التي تصبح فيها المتغيرات ضد توقعاتهم ويكون من شأن تطبيقها قطع العلاقات العقدية بين الطرفين كلية . ولتحقيق هذه الغاية يدرج الأطراف شرطاً في العقد مضمونه وقف ارتفاع الثمن عند قيمة معينة أو أن يقرروا الرجوع إلى المرجع أو التوقف عن تنفيذ العقد كلياً أو إعادة التفاوض فيما بينهم للاستمرار في العقد بشروط أخرى تتفق مع الظروف والمتغيرات التي حدثت[1].

ب- إعادة التوازن غير المباشر أو غير الفوري

نظراً لأن المحاسبي في إعادة التوازن قد يكون صارماً وضيقاً ، ونظراً لعدم وجود مراجع كافية لتحقيق هذا الأسلوب ، فإن الأطراف عادةً ما يفضلون أن يتم إعادة التوازن عن طريق وسيط يتفقون عليه مقدماً . وهذا الأسلوب بلا شك أكثر مرونة ، وإن كان أحياناً موضعاً للشك تبعاً للقائم به ، وسلطته.

***- القائم بإعادة التوازن :**

يمكن أن يعين العقد أحد طرفيه القيام بمهمة إعادة التوازن ، بحيث يكون لهذا الطرف سلطة تعديل محل العقد أو الثمن أو كليهما .

ففي مجال الثمن على الأقل فإن محكمة النقض قد أدانت مثل هذا الشرط سواء على اعتبار أنه يتعلق بعقد بيع يجب أن يكون الثمن محدداً فيه مسبقاً ، أو قابلاً للتحديد ، وسواء استند على حكم المادة /1129 من القانون المدني الفرنسي التي

---

1 Cornu: op cit p 273

تتطلب أن يكون موضوع العقد محدداً أو قابلاً للتحديد . وقد اعتبرت المحكمة أن الثمن يكون قابلاً للتحديد إذا عهد بتحديده إلى مرجع جدي يعمل استقلالاً عن أطراف هذا العقد . فالعقد يجب إذن أن يتضمن العناصر التي تسمح بتحديد الثمن في لحظة استحقاقه . ولذلك فإن تطلب هذا الأمر يبرر الشروط التي يريد بها البائع أن يحدد هو نفسه الثمن . [1]

إلا أن تساؤلاً قد ثار حول مدى صحة شرط العميل الأولى بالرعاية من حيث الثمن ، بحيث يتم البيع للعميل الذي يقدم أعلى سعر . فهنا يتم تحديد الثمن بطريقة غير مباشرة ، وهي أن العميل هو الذي يحدد السعر ويصب ذلك بطبيعة الحال في مصلحة المورد باعتبار أن البيع يتم بأعلى سعر . والحقيقة هنا أن المورد ليس هو وحده الذي حدد السعر وإنما ترك أمر تحديده للمشتري الذي يتقدم بأعلى سعر ، وهذا معناه أن السعر لم يتحدد بصورة تحكميه . وبالتالي فإنه يصعب القول في مثل هذا الفرض بأن البائع كانت له حرية مطلقة في تحديد السعر وبالتالي لا يبطل شرط تحديد السعر بأعلى سعر يقدمه العميل .

وفيما يتعلق بتحديد موضوع العقد فإذا ترك أمر هذا التحديد لأحد طرفيه معناه أن الطرف الآخر سيوقع العقد على بياض . وفي الحقيقة فإن البائع عندما يحتفظ لنفسه بحق تعديل الكمية المبيعة أو حتى حق تعديل نوع المبيع فإن الأمر يتعلق هنا بصفة عامة بعملية تحسين و التي سبق للعميل الموافقة عليها .[2]

Regis faber : les clauses opcit 1
ibid 2

وإعادة التوازن يمكن أن يتم أيضاً عن طريق أحد الأغيار عن العقد التي يتفق عليه الأطراف مقدماً . فعادة ما يتم إلى هذا الأسلوب إذا كان الأطراف يخشون عدم مقدرتهم على الاتفاق على وضع حل على انهيار مفاوضاتهم فالأطراف يكونون مكلفين بهذا التعيين للغير عند إبرام العقد أو في وقت لاحق عندما يكون هناك حاجة إلى هذا الغير . فبمجرد تعيين هذا الغير والذي يكون في غالب الأحيان خبيراً فإنه يكون مكلفاً في أن يحدد باستقلال تام عن الأطراف مضمون إعادة التوازن ويجب عليه أن يحترم حدود مهمته التي حددها له الأطراف والتي عادةً ما ينص عليها تفصيلاً في العقد ، فيكون بمقدوره إذن تحديد مستوى السعر بل وفي بعض الأحيان إعادة هيكلة العقد كلياً ليحقق له التوازن المنشود .

إلا أن شرعية وصحة مثل هذا النوع من التدخل لا تثير شكاً على المستوى العملي إلا أنها من الناحية النظرية تثير تساؤلاً هو: ما هي الضوابط التي يجوز وفقاً لها للأطرف أن يعهدوا للغير بمهمة تحديد محل العقد ، هل موافقة الأطراف على تكليف الغير بتحديد محل العقد يعد أمراً كافياً للقول بأن هذا المحل أصبح محدداً ؟.

<u>*- سلطة إعادة التوازن</u>

يتفق الأطراف لحظة إبرام العقد على أن يعهدوا بمهمة هذه الإعادة للغير. ولكن هل هذا الاتفاق كافي لأن يعمل هذا الغير بسلطة مطلقة في تحديد محل العقد . ما الحل لو أن أحد الطرفين رفض مضمون إعادة التوازن ، فالأمر لا يتعلق هنا بحكم تحكيم يمكن أن يستفاد منه بإجراء فرض الحراسة . فقرار الغير بتحديد مضمون إعادة التوازن لا يعد عملاً قضائياً . فهو لا يعدو سوى أن يكون قراراً

مرتبطاً وناشئاً عن اتفاق الأطراف وليس من كونه قراراً قضائياً أو تحكيمياً ملزماً .

ونحن نرى أن هناك تفسيراً يعد أفضل من وجهة نظرنا ، وهو أن الغير يعد بمثابة وكيل مكلف من قبل الطرفين ويعمل باسمهما لإعادة الهيكلة للعقد . والغير الوكيل على هذا النحو والذي يتصرف باسم ولحساب الموكلين اللذان أوكلا إليه مهمة إعادة توازن العقد ، ينفذ قرارات ذات قيمة تعاقدية .

وأيا كانت الآلية التي تسمح بتحديد مضمون إعادة التوازن في العقد ، فإنه يتعين على الأطراف النص على تلك الآلية في العقد وطريقة تنفيذها . وقد يحددون مدة زمنية معينة لتفعيل تلك الآلية وقد يتركون أمر تحديدها لاحقاً .

ومن الممكن أن نقابل في العمل أيضاً حلاً أكثر صراحة عندما لا يدفع الثمن بالكامل ، فإن أي تغيير في الظروف يؤدي إلى إعادة النظر في الثمن كله بما فيه ما تم دفعه بحيث يتم زيادة الثمن حتى بالنسبة للقدر الذي تم دفعه منه ، وهذا تطبيق لإعادة التوازن بأثر رجعي .

وفي جميع الأحوال فإن وجود شرط ، إعادة التوازن التلقائي في العقد يسمح بإعادة هيكلته كلية دون أن يعرض العلاقة التعاقدية في ذاتها للخطر . فالأطراف لن يستطيعون في الواقع المساس بشرط إعادة التوازن لأنهم سبق وأن وافقوا على مبدأه وسبل تطبيقه عند توقيعهم على العقد . وهذا النوع من الشرط غير ممكن أحياناً إلا مع وجود خطر متوقع يؤخذ في الاعتبار عند إبرام العقد . وكذلك

يتم اللجوء إلى هذه الشروط لمواجهة المخاطر غير المتوقعة وكذلك الأكثر خطورة .

وإن كان هناك وسائل أكثر فاعلية لمواجهة المخاطر الكبيرة أو غير المتوقعة وذلك بوضع أساليب غير مباشرة وغير تلقائية لإعادة التوازن في العقد .

*** ـ شروط إعادة التوازن غير التلقائي**

دائماً ما يرغب أطراف العقد في أن يتدخلوا في إعادة التوازن له ، ففي بعض الأحيان قد يكون مشروع إعادة التوازن معد بصفة مسبقة ولا يفعل أطراف العقد سوى الانضمام إلى هذا المشروع أو رفضه عند وقوع الحادثة التي أدت إلى عدم التوازن في العقد ، وفي أحيان أخرى يعترف الأطراف لأنفسهم بمبادرة أكثر أهمية تتمثل في الاحتفاظ لهم بإعادة التفاوض حول مضمون إعادة التوازن ، وعلى ذلك فإن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى ولكن في جميع الأول يتم إعادة التوازن غير التلقائي للعقد بطريقتين :-

الأولى:- بالانضمام إلى مشروع إعادة التوازن المعد مسبقاً .

الثانية :- إعادة التفاوض بين الطرفين .

طريق إعادة التوازن غير التلقائي

توجد هناك طريقتين يتم بهما إعادة التوازن غير التلقائي للعقد الذي فقد توازنه نتيجة تغير الظروف المحيطة به وهذه الطريقة إما أن تكون عن طريق الانضمام

إلى مشروع إعادة التوازن أو تكون عن طريق إعادة التفاوض بين أطراف العقد وسنذكرهما بشيء من التفصيل.[1]

الطريق الأول

الانضمام إلى مشروع إعادة التوازن

قد يكون الطريق الذي اختاره الطرفان متمثلاً أولاً في الانضمام إلى مشروع إعادة التوازن المعد مسبقاً وهذا يعني أن هناك مشروع قد تم إعداده ولكن لم يوقع عليه الأطراف ويعطون لأنفسهم الحق في توقيعه لاحقاً أو رفضه عند وقوع الحادثة التي تستدعي التدخل لإعادة التوازن إلى العقد .

وفي هذه الحالة يتعين أن يكون مضمون إعادة التوازن ومداه محدداً بشكل واضح وهذا التحديد قد يتم بوسيلتين إما عن طريق أطراف العقد عند توقيعهم عليه وتلك الوسيلة الأولى أو أن يتم هذا التحديد عن طريق الغير وقت التدخل لإعادة التوازن وتلك هي الوسيلة الثانية .

الوسيلة الأولى: حالة تحديد إعادة التوازن بطريقة مسبقة من قبل الأطراف:-

يستطيع أطراف العقد أن ينصوا مسبقاً على تحديد مضمون إعادة التوازن الذي يجوز لأياً منهما الانضمام إليها في المستقبل عند وقوع الحادثة التي تستدعى إعادة التوازن وهكذا فإننا نكون أمام شرط ضمني يعطي لأطراف العقد الحق في الانضمام إلى إعادة التوازن الذي سبق تحديد مضمونه .

---

1 **Khan**: force majeure..... op cit 482

وغالباً ما يحدد الأطرف مدة هذا المشروع ووقت الانضمام إليه ، وهكذا فلا يكون من حق الأطراف في هذه الحالة سوى الانضمام إلى مضمون إعادة التوازن أو رفضه حيث لا يستطيع أطراف العقد في هذه الحالة تعديل مضمون هذا المشروع .

وفي بعض الأحيان قد يكتفي أن يتدخل أحد طرفي العقد فقط لوضع مشروع إعادة التوازن موضع التنفيذ والذي تم الاتفاق على مضمونه مسبقاً من قبل الطرفين عند التوقيع على العقد.

وفي هذه الحالة فإن الطرف الآخر يخضع في الحقيقة في موافقته على ما فعله الطرف المُتدخل للاتفاق السابق بينهما على ما يتم تحقيقه من حجم أعمال chiffre d' affaires من قبل الطرف المتدخل والأمر يتعلق في هذه الحالة بالوعد بالتعاقد promesse unilaterale من طرف واحد خاضعاً لشرطه .

ومن الممكن أيضاً إعادة التوازن في تلك الوسيلة بانضمام أحد الطرفين فقط في مشروع إعادة التوازن دون الطرف الآخر مع افتراض موافقة الآخر في هذه الحالة على الانضمام [1]. وهذا الفرض عادة ما يحدث فيما يتعلق بشرط عدم المنافسة clause dnon – concurrence الذي يحتفظ الدائن بموجبه بحقه وسلطته في تقصير مدة عدم المنافسة فالمدين هنا يفترض أنه موافق على هذا التعديل للمدة .

---

1 **Regis faber**: les clauses..... op cit

وممكن في النهاية أن يكون الطرف الآخر قد أعطى موافقته في الانضمام إلى مضمون إعادة التوازن عندما وقع ابتداءً على العقد وفي هذه الحالة ينشأ التزام على عاتق هذا الشخص نتيجة توقيعه مسبقاً على العقد بتنفيذ التزامه بالانضمام إلى مضمون إعادة التوازن وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أن مضمون إعادة التوازن قد يشتمل على الحق في الخيار بين موضوعين الموضوع الأول يخص الشيء موضوع التعاقد ذاته أو المدفوعات المتعلقة بهذا الشيء .

ويحدث ذلك غالباً في مجال الضمان في عقود بيع السيارات فقد يتفق على أن إعادة التوازن تشمل الخيار بين أن يكون الضمان بدلاً من سنه يكون سنتين أو أن تقطع السيارة المباعة مسافة ستين ألف كيلو متر .

وهنا سيكون من حق القائم بإعادة التوازن أن يستخدم ما يحقق مصلحته من الخيارين السابقين وبما يتلاءم مع الظروف التي طرأت على تنفيذ التزامه بالضمان ، ويجب أن نشير إلى أن من قام بإعادة التوازن فعلا في هذه الحالة هو أحد الطرفين ولكن موافقة الطرف الآخر هنا مفترضه فيعتبر شرط إعادة التوازن صحيحاً .

الوسيلة الثانية: حالة تحديد مضمون إعادة التوازن عن طريق الغير:-

إذا عهد من قبل الطرفين إلى شخص من الغير لتحديد مضمون إعادة التوازن فإنه يكفي لاعتبار هذه الإعادة غير تلقائية أن يوافق الطرفان على ما يقوم به هذا الغير من إجراءات ، أما إذا تم تنفيذ ما توصل إليه الغير من إجراءات مباشرة

دون موافقة الطرفين على هذه الإجراءات فيعد ذلك من قبيل إعادة التوازن التلقائي الذي سبق وتعرضنا له .

وهذا الغير قد يكون في بعض الأحيان من رجال الاقتصاد تم تعيينه من قبل أحد الطرفين بحيث يمثل ما يقدمه من عروض إعادة توازن العقد .

والمثال الذي يعطي في هذه الحالة هو شرط تقديم منافس ومعناه أن هذا الشرط يسمح للمشتري الذي ارتبط مع بائع بأن يقدم له عرضاً أكثر فائدة من الغير المنافس بحيث يلتزم هذا البائع بأن يقبل هذا العرض و يتحرر من التعاقد الذي ابرمه مع المنافس ويفسخ معه العقد ويسمى شرط تقديم العرض الأفضل أو العرض المنافس clause d'offre concurrente وعلى ذلك فإن البائع وحده هو الذي يقوم بمهمة فحص عبارات العرض المنافس لكي يتأكد من أن هذا العرض منافس فعلاً للعرض الآخر أو مساوياً له ويكون هذا البحث من خلال مدى كفاية الضمانات المقدمة في العرض النافس ومدى جديتها ومدى تخصص مقدم العرض المنافس وتصرف مقدمه مقارنة بالعرض الذي قدمه للغير، ويدخل في عناصر المفاضلة أيضاً السعر هل هو معادله أم لا ونوعية البضاعة هل هي ذات جودة أحسن أم لا وكذلك نوعية وجودة الخدمات المقدمة ، فلو اتضح للبائع أن العرض المنافس أكثر فائدة له فإن من حقه أن يتعاقد وفقاً لشروط هذا العرض ويترك العرض الذي قدمه الغير.

وأحياناً قد يكون هذا الغير خارجاً عن طرفي العقد وغريباً عنهما[1] ، ويحدث ذلك في حالة ما إذا قاما هذين الطرفين بتعيين خبير تكون مهمته مراجعة العقد وإعادة هيكلته مع الاحتفاظ لهما بإخضاع إعادة الهيكلة التي قام بها الغير لموافقتهما .
وهنا سيقابل هذا الأسلوب من أساليب إعادة التوازن بعض العقبات تتمثل أهمها في عدم موافقة أياً من الطرفين على ما يصل إليه هذا الغير من إجراءات بشأن إعادة التوازن .

ولذلك ففي بعض الأحيان ، ولمواجهة هذه الصعوبة ، قد يكتفي بموافقة أحد طرفي العقد على ما فعله الغير ، وقد ذكر البرفسور Oppetit مثال شرط الطوارئ كتطبيق لهذه الحالة والذي سمح للطرف الذي لم يطلب تدخل المحكم بالحق في عدم قبول قراره وتخلص بذلك من العقد المعاد توازنه .[2]

ولكي يكون قيام الغير بمهمة إعادة التوازن للعقد أكثر فعالية يجب أن يحدد مدة معينة يوافق عليها الأطراف يقوم خلالها هذا الغير بإعادة التوازن حتى نتجنب أن لا يوافق أحد الطرفين على ما فعله الغير نتيجة تأخره في اتخاذ إجراء إعادة التوازن ، وكذلك يفضل أن يحدد في الاتفاق المبرم بين الطرفين معنى ومقصود سكوت أحدهما إذا مرت المدة المحددة للغير دون أن يقوم بإجراء إعادة التوازن فيستحسن أن نحدد ما إذا كان هذا السكوت قبولاً أم رفضاً .

---

ibid 1
Oppetit: op cit 806 2

الطريقة الثانية

حالة إعادة التوازن إلى العقد عن طريق إعادة التفاوض إلى الطرفين

في بعض الأحيان يفترض إعادة التوازن في العقد تدخل أكثر أهمية وفعالية من الطرفين ، فقد يتفق بين طرفي العقد عند إبرامه على التزامها بإعادة التفاوض فيما بينهما لتحقيق التوازن في العقد قبل الانضمام إلى مشروع إعادة التوازن أو رفضه ، فالعقد في هذه الحالة يخلق التزاماً بسيطاً بإعادة التفاوض من قبل الطرفين[1] ، وموضوع هذا الالتزام ذا شقين :-

الشق الأول: موضوع الالتزام (المفاوضات)

أن المفاوضات كموضوع للالتزام قد أثار جدلاً وخلافاً ولكننا يمكن أن نقول أن التفاوض هو عبارة عن الالتزام بمناقشة موضوع معين وهذا يحدث بطبيعة الحال في حالة انعدام التوازن في العقد ، فالمفاوضات يجب أن تنصب على عدم التوازن هذا ويجب أن تنصب بالتبعية على الفائدة التي عادت على أحد الطرفين والضرر الذي أصاب الطرف الآخر نتيجة انعدام التوازن .

فيتعين إذا أن لا تكون المفاوضات متعلقة فقط بمناقشة الفائدة التي عادت على أحد الطرفين على استقلال أو الضرر الذي أصاب الطرف الآخر على استقلال وإنما تتم المفاوضات بشأن الأمرين معاً مجتمعاً .

---

1 **Oppetit:**op cit p 810

ويمكن أن نتصور الالتزام بالتفاوض على أنه رابطة أكثر صرامة بين الطرفين فهذا الالتزام يلقى على عاتق كلاً من الطرفين التزاماً مزدوجاً يتمثل في أن كلاً من المتعاقدين يلتزم ابتداءً بالسير في المفاوضات وعدم قطعها وأن يرد على مقترحات الطرف الآخر بموجب خطابان بعلم الوصول وإذا أخل منهما بأي من هذين الالتزامين فيعد ذلك خطأ عقدياً من قبله.

ويلتزم أيضاً الطرفين بضرورة الاجتماع مع بعضهما البعض لمناقشة كل ما يطرحه طرف على آخر والتفاوض بشأنه بحيث لو رفض أياً من الطرفين هذا الاجتماع فإنه يكون قد ارتكب خطأ تعاقدياً .

ويلتزم الأطراف كذلك بموجب الالتزام بالتفاوض بأن يصيغ كلاً منهما مقترحات جادة ومحددة تتعلق بالظروف الحالية والمستقلة والاقتصادية للعقد وتكون تلك الشروط من شأنها مواصلة العقد وليس إنهائه[1] ، فعلى سبيل المثال لو أن الثمن العادل يساوي تقريباً مائة جنيه فلا يجوز للبائع أثناء المفاوضات أن يطلب ألف جنيه لأن ذلك من شأنه إنهاء العقد وليس الاستمرار، وبالمقابل لا يجوز للمشتري أن يكون الثمن عشرة جنيهات .

ويجوز للطرف المضرور في هذه الحالة أن يلجأ إلى القضاء اذا لم ينفذ الطرف الآخر الالتزام بالتفاوض ويطلب التعويض عن الضرر الذي أصابه نتيجة فشل

Regis faber: op cit p20 1

تلك المفاوضات [1]، وكذلك يستطيع أن يطالب بمقدار الفائدة التي كانت ستعود عليه من هذا العقد إذا تم استمراره .

ومن الواضح أن الالتزام بالتفاوض يلقي على عاتق الطرفين التزاماً بأن يقدم كلا منهما للآخر عرضاً جدياً ولا يجوز لأيهما أن يستفيد من المفاوضات لإفشال إعادة التوازن وبالتالي لإنهاء العقد وعلى ذلك فلن يكون أمام الطرفين إلا خيارين في هذا التفاوض إما أن يقدم للطرف الآخر عرضاً جدياً ويتلافى بذلك مسؤوليته التعاقدية عن عدم إتمام المفاوضات ، أو يقدم للطرف الآخر عرضاً غير جدي ويصبح هنا مسئولا مسؤولية تعاقدية عن عدم إتمام التفاوض .

وتجدر الإشارة إلى أن الالتزام بالتفاوض لن يكون له الفعالية المطلوبة إلا إذا اتفق الطرفان ونصوا في العقد على آليات وسبل تنفيذ هذا الالتزام ، فيجب أن يتفق على من يكون له الحق في بدء المفاوضات ومن له الحق في إنهاءها ويجب أن يتفق على الشكل الذي تتم من خلاله تلك المفاوضات وكذلك يجب تحديد مدتها وتحديد مدة كل مرحلة منها إذا اقتضى الأمر لأنه إذا ترك أمر المفاوضات بدون التحديدات السابقة فلن يسفر ذلك عن أي نتيجة تذكر ، فتحديد الوسائل السابقة سيقوي هذا الالتزام لأن احترامها من قبل الأطراف سيكون معناه أنهم ملتزمون بتحقيق نتيجة وليس عناية ويقصد بالنتيجة هنا الوصول من خلال هذه المفاوضات إلى نتيجة مؤداها استمرار العقد وعدم إنهاءه .

---

[1] ibid

الشق الثاني: موضوع المفاوضات (إعادة التوازن)

أن موضوع المفاوضات ينصب جبراً على إعادة التوازن ولكن يتعين على الأطراف أن يحددوا بدقة وعناية مجال ومضمون إعادة التوازن فيجوز أن ينصب إعادة التوازن على ثمن العقد عن طريق شرط المراجعة clause drevision أو على نقطة أخرى يريد الأطراف تحقيق التوازن لها مثل الزمن أو محل العقد .

وقد يرد إعادة التوازن أيضاً على مدة العقد وذلك عن طريق الشرط الصريح بامتداد العقد clause prorogation exprsse أو يرد على التزام آخر من بين الالتزامات التي يتضمنها هذا العقد[1] فيستطيع الأطراف أن يقرروا على سبيل المثال أن الاتصالات بينهم من أجل جعل العقد متكاملاً أن يجتمعوا لمد مدة التزامهم .

وبالمقابل فمن الممكن في ظل ظروف معينة أن يكون مجال المفاوضات لإعادة التوازن مفتوح جداً بحيث يعطي الأطراف لأنفسهم الحق في تعديل أي عنصر أو أي التزام في العقد إذا أصيب بعدم التوازن ، ومن أكثر الشروط التي يتم بموجبها التفاوض بشأن كل عناصر العقد والتزاماته بشكل مفتوح هو شرط الطوارئ والذي تم تفصيل مضمونه في مراحل سابقه من هذا البحث .

Le fichant: (f.): op cit p 453 1

وفي بعض الأحيان توضع معايير عامه موضوعية تكون هي المرشد في المفاوضات لإعادة التوازن فعلى سبيل المثال يضع أطراف العقد معايير للتغيير بالكيفية دون الكمية وذلك لكي نتجنب أن يستفيد أياً من الطرفين خلال فترة المفاوضات من الإشارة للكميات وعادة ما توضع في هذا الشأن العبارة الآتية " أنه يجب الاستمرار في تنفيذ العقد دون إلحاق أية أضرار بأي من الطرفين أثناء مرحلة المفاوضات "[1] ويقصد بذلك إعادة مراكز الطرفين إلى ما كان عليه وقت انعقاد العقد وتثبت هذه المراكز طوال مرحلة المفاوضات .

المطلب الثاني
آثار شروط إعادة التوازن

أن وضع شروط إعادة التوازن سواء التلقائي أو غير التلقائي موضع التنفيذ ستحدث آثار في داخل العقد نفسه قد تؤدي في بعض الأحيان إلى فقدانه لطبيعته الأصلية التي أبرم على أساسها ، وتحليل تلك الآثار سيتم على مستويين :

المستوى الأول: الآثار التي يحدثها إعادة التوازن على الالتزام الذي كان محلاً لتلك الإعادة .

المستوى الثاني: أثر تلك الإعادة على العقد ككل .

أولاً:- المستوى الأول: آثار إعادة التوازن على الالتزام

يتعلق إعادة التوازن في غالب الأحيان بأحد الالتزامات العقدية الذي يحتاج إلى إعادة توازن ، وقد يرد إعادة التوازن على تعديل وتغيير الالتزام في يوم وجوده

---

[1] **Regis faber:** op cit p16

في ذاته والضمانات المتعلقة به والتي زالت معه ، كذلك يمكن أن يتمثل إعادة التوازن في هذا الالتزام في محله دون وجوده في ذاته .

1- آثار إعادة التفاوض على وجود الالتزام في ذاته:-

قد يتعلق إعادة التوازن بخلق أو حذف التزام ما في لحظة ما وهنا يتعلق الأمر بتغيير هوية العقد بذاته ولكن في حين أن بعض الآليات القانونية تسمح بتطبيق نظام أو آخر هناك بعض الآليات القانونية التي تتطلب تطبيق كل الأنظمة.

ويتمثل أثر إعادة التوازن على وجود الالتزام في ذاته في أحد أمرين **الأول :** إما أن يؤدي إعادة التوازن إلى محو الالتزام أو خلق التزام جديد والأمر **الثاني:** أن يؤدي إلى محو التزام وخلق التزام جديد في ذات الوقت.

أ - الأثر الأول
يتمثل إعادة التوازن في محو التزام أو خلق التزام

قد يربط الأطراف أحد الالتزامات أو بعضهما بشرط معين بحيث يزول هذا الالتزام إذا تحقق هذا الشرط ويكون الشرط هنا شرطاً فاسخاً وقد ينشأ هذا الالتزام إذا تحقق هذا الشرط ويسمى الشرط هنا شرطاً واقفاً[1] .

وتطبيقاً لهذا الاتفاق على الشرط الفاسخ فإن إعادة التوازن يتمثل في مد الالتزام واستمراره رغم تحقق هذا الشرط الفاسخ .

---

ibid 1

ويحدث هذا الأمر في حالة وجود التزام على عاتق المدين بأن يحقق حجم أعمال معينه في خلال مدة معينة بحيث إذا لم يحقق هذا الحجم يزول الالتزام فيكون إعادة التفاوض وارداً على استمرار التزام المدين بتحقيق حجم هذه الأعمال رغم تحقق الشرط الفاسخ .

وبالمقابل فإن إعادة التوازن في حالة وجود شرط واقف معناه أن هناك التزام ينشأ رغم عدم تحقق الشرط .

ويجب ابتداءً أن تتوافق الحادثة مع خصائص الشرط سواء كانت مستقبلية أو غير مؤكده ويجب ثانياً أن نعترف بأن الشرط يمكن أن يتعلق بالتزام واحد في العقد ولا يؤثر في سبب العملية العقدية ككل ويعطي الفقه في هذه الحالة أمثلة عديدة لا يتأثر فيها العقد في مجمله بوقف أو زوال أحد عناصره وهذا يحدث غالباً في العناصر أو الالتزامات الثانوية وليس الأساسية فزوال أو وقف تلك الالتزامات لا يؤثر على العقد برمته فتلك الشروط لا يكون من شأنها التأثير على مشروعية وصلابة العقد ولكن يكون الأمر مجرد إضافة شرط ثانوي أو حذف هذا الشرط أو الالتزام .

ويجب أخيراً أن لا يكون هذا الشرط مستحيلاً أو غير مشروع أو غير أخلاقي ويجب أن لا يكون متوقفاً على محض مشيئة المدين فإذا تعلق الشرط بمحض مشيئة المدين فإنه سيؤدي إلى صعوبات جمة لأن المدين سيتوقع من هذا الشرط تحقيق نتائج معينة أو أعمال محددة أو كميات إنتاج... الخ وهذا الأمر سيؤثر بالمقابل على الطرف الآخر وسيوقع عليه التزام لم يوافق عليه وهذا فيه مخالفة

واضحة لمبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز حذف أو وضع التزامات إلا بموافقة الطرفين .

وهناك صعوبة أخرى ترتبط بآثار تحقق الشرط فمن المعروف أن حدوث الشرط الفاسخ سيؤدي إلى تطبيق مبدأ الرجعية للالتزام بمعنى أن يعود الحال بين المتعاقدين إلى ما قبل نشأة هذا الالتزام وهذا يعني أن هذا الالتزام يزول كلية ويعتبر كأن لم يكن في يوم من الأيام ، ويحدث ذات الأثر الرجعي في حالة الشرط الواقف لأن تحقق هذا الشرط يؤدي إلى وجود هذا الالتزام بأثر رجعي ولا شك أن هذا الأثر الرجعي سيؤدي إلى حدوث نتائج غير مقبولة سواء في حالة زوال الالتزام بأثر رجعي نتيجة تحقق الشرط الفاسخ أو نشوء الالتزام بأثر رجعي نتيجة تحقق الشرط الواقف وتبدو هذه الآثار أكثر وضوحاً في حالة زوال الالتزام بعدم المنافسة بأثر رجعي أو نشوء هذا الالتزام بأثر رجعي فالنتائج التي تترتب على ذلك يصعب معالجتها .

ب- الأثر الثاني
يتمثل إعادة التوازن في محو وخلق الالتزام

في بعض الأحيان لا يتمثل إعادة التوازن في مجرد محو التزام أو إنشاء التزام ولكنه يتمثل في الأمرين معاً أي محو التزام وإنشاء التزام آخر في آن واحد فمن الممكن اعتبار أن تحويل الالتزام لتحقيق إعادة التوازن ينشئ نتيجة زوال الالتزام القديم وإنشاء الالتزام الجديد وهذا ما يعرف قانوناً بالتجديد novation de l'obligation والذي يوضح شروطه عادةً في شرط إعادة التوازن .

يشترط للتجديد توافر إرادة طرفي العقد عليه وفقاً لحكم المادة 1273 من القانون المدني الفرنسي وتلك الإرادة على التجديد قد تكون صريحة أو ضمنية وفقا للظروف ففي التجديد يوجد التزام يتلاشى وآخر جديد ينشأ وذلك بإرادة العاقدين .

وتحليل إعادة التوازن بالتحديد تفترض خصوصاً أن التعديل يكون في أحد عناصر هذا الالتزام فيما عدا تعديل محل العقد حيث لا يوجد إعادة توازن عن طريق التجديد إذا تعلق الأمر بتغيير محل الالتزام ، فالمادة 1271 من القانون المدني الفرنسي تتطلب في الحقيقة أن تغيير المحل يؤدي إلى نشوء دين جديد وليس مجرد تغيير الالتزام وإن كان بعض الفقهاء قد ذهبوا إلى أنه يستخلص من نشوء دين جديد تجديد محل العقد ولكننا نرى أن الأمر يتعلق هنا بتفسير ضيق لا يحتمله النص .

وسواء تمثلت الآلية القانونية في وجود شرط أو في التجديد فإن كلا الأمرين يؤديان إلى محو التزام وإنشاء التزام آخر في ذات الوقت ، وفي هذه فإن الرابطة العقدية ستتغير بشكل جذري بسبب نشوء الالتزام الجديد وخصوصاً فيما يتعلق بزوال الضمانات والرهون والتأمينات التي كانت ناشئة وتابعة للالتزام الذي تم محوه ولهذا السبب فإن الأطراف عادة ما يفضلون الإبقاء على الالتزام دون محو والاكتفاء بمجرد تغييرات بسيطة عليه لتحقيق عملية إعادة التوازن[1] .

---

1 Cabas:op cit p 165

2- آثار إعادة التوازن على محل الالتزام وليس على وجوده:-

أحياناً لا يؤدي إعادة التوازن إلى التأثر على وجود الالتزام في ذاته ويقتصر فقط على التعديل في محله ويحدث ذلك خصوصاً عند التعديل في الآثار المالية للالتزام أو في مدة تنفيذه .

أ- الحالة الأولى

حالة تعديل الآثار المالية

قد ينصب إعادة التوازن على محل الالتزام دون اللجوء إلى فكرة التجديد وذلك عندما يتعلق الأمر بالمقابل المالي للالتزام ، ويحدث ذلك غالباً عندما يكون محل العقد محدوداً ، فيكفي تعديل أحد عناصر الالتزام في مرحلة تنفيذه دون المساس أو القضاء على هذا الالتزام كلية .

وتلك الآلية من آليات إعادة التوازن تجد أساسها القانوني في المبادئ التي تحكم نظرية الالتزامات عموماً فإرادة الأطراف واستقلالها تسمح لهما بإبرام اتفاقيات معدلة وبسيطة للالتزام الموجود أصلا دون محو أو إنشاء التزام جديد.

ولكي يكون الأمر متعلقاً بمجرد تغيير فإنه من الضروري أن توجد استمرارية لموضوع الالتزام لأن تلك الاستمرارية ستمنع نشوء دين جديد ولن تؤدي إلى انقضاء الدين القديم ، وتلك الحالة تتوافر عندما يتم تغيير الثمن بثمن آخر أياً كانت طريقة تحديده فتغيير الثمن ما هو إلا تعديل في أحد عناصر الالتزام القائم

ولا يعد إلغاء للالتزام القديم أو إنشاء للالتزام الجديد ، ونفس الشيء في حالة تغيير مقابل الخدمات فالالتزام موجود بتقديم خدمات معينة كل ما في الأمر أن أحد عناصر هذا الالتزام يتغير بتغيير المقابل المادي لتلك الخدمات .

وخلاصة الأمر أن التعديل إذا طرأ على المقابل المادي في العقد فإنه لا يؤثر على وجود الالتزام في ذاته الذي يظل موجوداً مع تغيير أحد عناصره فقط .

أما المحل في ذاته فيظل موجوداً كما هو تحت أعين الطرفين ويمكن القول أن الأمر يتعلق في هذه الحالة بتعديل للالتزام وليس بتجديد له .

وذات التحليل يكون قائماً أيضاً عندما يطرأ التغيير على المحل إذا كان قابلاً للتعيين ففي هذه الحالة إذا كان محل الالتزام غير معين ولكنه قابل للتعيين فإن إعادة التوازن تتم في العقد في هذه الحالة عن طريق تعيين المحل تعييناً دقيقاً وقانونياً والمثال التطبيقي في هذه المسألة هو إحلال ثمن جديد محل ثمن قديم إذا أصبح الثمن القديم غير متطابق مع ظروف السوق وهذا يحدث عادةً حتى بدون تدخل الأطراف أو تدخل القاضي .

والتحليل الأول لهذا الإحلال في الثمن يتمثل في أن الثمن القديم أصبح منسوخاً ويقتضي أن يحل محله ثمناً جديداً على الفور لأن هذا الأسلوب من أساليب إعادة التوازن يصبح اللجوء إليه في مجال البيع إذا كان التعديل سيرد على الثمن ففي هذا النوع من العقود لا يمكن التسامح ولا للحظة بزوال الثمن دون بطلان العقد

ذاته[1] ، ويمكن اللجوء إلى أسلوب آخر في مجال عقود البيع يتمثل في تغيير عناصر الثمن فقط مثل وضع ثمن أساسي يقدر بمائة فرنك مثلاً ويتم زيادته بصفة دورية هنا عندما يزيد الثمن كل مدة معينة متفق عليها وبنسبة معينة متفقاً عليها أيضاً فإن هذا لا يمثل استبدال ثمن بثمن آخر لأنه لا يمكن في عقد البيع أن يظل العقد ولو للحظة بدون ثمن والقول بزوال ثمن وإنشاء ثمن جديد أن العقد سيظل ولو للحظة بدون ثمن ، وهذا أمر غير جائز قانوناً فلا يتصور وجود عقد بيع بدون ثمن .

ب- الحالة الثانية
حالة تعديل مدة الالتزام

إن الالتزام لا يتلاشى إذا تمثل إعادة التوازن في تعديل مدة تنفيذه فقط حيث أن تعديل مدة تنفيذ مدة الالتزام ترد على أحد عناصره فقط دون الالتزام ذاته فكل ما يترتب من آثار على تعديل مدة الالتزام هو تأخير تؤدي إلى إيقاف آثاره وليس محوها .

ورغم ذلك فإن هذه الفكرة كانت محلاً للتردد من قبل القضاء والفقه الذي شبه وقف مدة تنفيذ الالتزام بالفسخ الجزئي للعقد لأن هذا الوقف للمدة يؤدي إلى أن الالتزام لن يعد قابلاً للتنفيذ إلا في جزء منه وليس في مجمله **مثال ذلك** أن الكمية المتفق على توريدها ستقل نتيجة وقف مدة التوريد وهذا الأمر متصور فقط في حالة العقود دورية التنفيذ مثل عقود التوريد التي يتم فيها توريد محل العقد على دفعات فهنا فعلاً ستقل الكميات الموردة نتيجة عدم توريد بعض الدفعات أثناء

Regis faber: op cit p 18 1

مرحلة وقف التنفيذ ، فالأمر لا يتعلق بمجرد تأخير في التنفيذ ولكن بعدم تنفيذ جزئي للالتزام حيث أنه في مرحلة الوقف فإن كلا من الطرفين سيكون معفى من تنفيذ التزامه خلال تلك الفترة ، وعلى كل حال فإن الحل بالنسبة لتلك المسألة لا يزال محل خلاف حتى ولو اتفق الأطراف على تمديد مدة العقد لمدة متساوية للمدة التي تم إيقافه فيها .[1]

ثانياً :- المستوى الثاني : تأثير إعادة التوازن على العقد نفسه

ذكرنا أن إجراء التوازن له آثار على الالتزامات محل الضبط ، وتلك الإعادة لها أيضاً وفي نفس الوقت آثار على العقد وفي مجمله .

وتلك الآثار تبدأ في الظهور بداية منذ لحظة إعادة التوازن خصوصاً إذا كانت هذه الإعادة تفترض وجود مدة ويحدث هذا إذا كان الطرفان ملتزمان بإعادة التفاوض أو أنهم عينوا شخصاً من الغير لتحديد مضمون ومدى إعادة التوازن ، فيتعين في الحقيقة تحديد مصير العقد في هذه اللحظة وهذا أمر كان يستطيع الطرفان النص عليه ، حيث يستطيعون مثلاً أن يقرروا وقف آثار العقد منذ البدء في تنفيذ الالتزام بالتفاوض لحين الوصول إلى اتفاق بشأن هذه المفاوضات ، ويستطيع الأطراف على عكس ذلك أن يقرروا أن يستمر العقد وفقاً لآخر شروطه آخذين في اعتبارهم خطورة السماح لأحد الطرفين بالاستفادة من عدم التوازن الذي يظل قائماً لحين انتهاء المفاوضات .

---

[1] ibid

إن تحديد مصير العقد خلال فترة المفاوضات قد لا يحدده الطرفان ولا ينصون عليه، فلو أن إعادة النظر في العقد ومراجعته كان بسبب حدوث القوة القاهرة فإنه يجب وقف العقد أثناء مرحلة المفاوضات[1] وهذا الحال قررته المحاكم نفسها بإعادة التوازن ولو جزئياً للعقد أما إذا كان إعادة التوازن ليس رجعاً لحدوث قوة قاهرة فإن التساؤل يثور حول ما إذا كان العقد سيوقف أم سينفذ ؟ هناك حل تمثل فيه التفرقة بين شروط إعادة التوازن وفقاً لما إذا كانت هذه الشروط قد حددت المرحلة التي يعتبر الأطراف أن العقد أصبح منعدم التوازن بعد الوصول إليها وتخطيها ، فإذا حددت شروط إعادة التوازن هذه المرحلة فإن الوصول إليها يؤدي إلى وقف العقد أما في الوضع العكسي أي إذا لم تكن تلك المرحلة محدده كما هو الحال في العديد من شروط الطوارئ على سبيل المثال فإن إعادة التوازن لا توقف العقد الذي يجب أن يظل مستمراً ومنتجاً لجميع آثاره لأنه يصعب في مثل هذه الحالة استخلاص إرادة المتعاقدين ومعرفة المرحلة التي يعتبرون أن وصول العقد إليها يجعله غير متوازن .[2]

إن أثر إعادة التوازن الهام على العقد لا يزال في حاجة إلى تحديد ومصير إعادة التوازن هو الذي يحدد في الحقيقة هذا الأثر فالأمر يختلف بحسب ما إذا نجحت أو فشلت عملية إعادة التوازن .

Cabas: op cit p 123 1
ibid 2

الحالة الأولى

أثر إعادة التوازن على العقد في حال نجاح العملية

في خلال السنوات الماضية أدت العوائق الداخلية أو الخارجية التي تقابل العقد إلى جعل شروط إعادة التوازن إلى لعب دور هام في تحور العقد وتغييره ، فالعقد نتيجة إعادة التوازن قد يختلف كلية عن العقد الذي سبق توقيعه من الطرفين ، فالتعديلات كانت مرغوبة من قبل الطرفين ووافقوا عليها صراحة عندما نصوا على آليات مرنه لإعادة التوازن إليه ، ولكن يجب أن نتساءل هذا الرضا الذي أبداه المتعاقدان في الأصل وعند توقيع العقد لإعادة التوازن المستقبلي يؤدي فقط إلى تعديل في العقد أم إلى تجديده وتغييره كلية بمعنى آخر هل رضا الأطراف بإعادة التوازن كان يعني مجرد تعديل في بنود العقد أم إيجاد عقد جديد معدل كلية ؟

إن فائدة هذا السؤال هامه لأنه إذا كان المقصود من إعادة التوازن تجديد العقد فسنكون بصدد عقد جديد ويزول العقد السابق بكل ضماناته ، وكذلك فإن التجديد يستلزم البحث في أهلية المتعاقدين من جديد وكذلك البحث في القانون الواجب التطبيق في حالة الاتفاق على تشريعات جديدة تطبق على العقد .

فكل هذه الأمور تختلف بحسب ما إذا كان الغرض من إعادة التوازن هو مجرد تعديل العقد أم تجديده .

ولبيان وتحديد تأثير إعادة التوازن على العقد فإنه يجب التفرقة بين ما إذا كان إعادة التفاوض منصباً على العقد بأكمله أو منصباً على أحد الالتزامات الواردة فيه .

أ- أثر إعادة التو ازن إذا انصب على العقد بأكمله :-

أحياناً ما يكون موضوع إعادة التوازن هو العقد بأكلمة ، وهذا يعني أن إعادة التوازن سيؤدي إلى ميلاد عقد جديد ، أو مجرد تعديل وذلك في حالة ما إذا تعلق التعديل بمدة العقد وفي هذه الحالة هناك شرطان يمكن أن نواجههما الأول إذا وجد في العقد شرط تحديد ضمني ففي هذه الحالة سينشأ عن إعادة التوازن عقد جديد أما إذا كان الشرط عبارة عن شرط مد مدة العقد أي شرط امتداد وليس شرط تجديد فإن إعادة التوازن لا تؤدي إلى وجود عقد جديد ولكن مد لمدة العقد القائم وهذا هو الفرق بين التجديد والامتداد.

وفي جميع الأحوال فإن أطراف العقد يستطيعون مع ذلك أن يقرروا أن أي تغيير في العقد يعني تجديده لا بزوال العقد القديم وإنشاء عقد جديد[1] ، إلا أن إرادة الطرفين في هذا الخصوص لا يمكن أن تفترض ويجب أن تكون صريحة وواضحة ولا يمكن استخلاصها من الظروف ، وعلى ذلك فإنه يجب تفسير إرادة المتعاقدين فيما يتعلق بإعادة التوازن سواء بالانضمام إلى مشروع إعادة التوازن أو الالتزام بإعادة التفاوض على أنهما يقصدان مجرد تعديل العقد وليس تجديده .

---

1 **Regis faber** op cit p 19

ولكن يخشى مع ذلك أن هذا التعديل عندما ينطبق على الثمن في بعض العقود سيؤدي إلى زوال الثمن القائم ونشوء الثمن الجديد فيضحى العقد في لحظة ما بدون ثمن فيبطل ولكننا نرى أنه لن يكون هناك اختفاء للثمن إلا في حالة التجديد أو في حالة سكوت الاتفاق ، وهذا يختلف عن التعديل لأن التعديل لا ينتج سوى تغيير للدين وليس نشوء للدين الجديد.

وحتى حالة التعديل التلقائي للعقد فإن اختفاء المرجع لا يؤدي إلى اختفاء الثمن وبالتالي اختفاء العقد لأن اختفاء المرجع معناه أن يظل الثمن المتفق عليه قائماً باعتباره الحد الأدنى من الثمن الذي وافق عليه المتعاقدين.

1- إعادة التوازن ينصب على عنصر

أما إذا تعلق إعادة التوازن بوجود الالتزام فإن تأثيره على العقد سيكون أهم .

فإذا أدى إعادة التوازن إلى اختفاء عنصر أساسي من عناصر العقد فإن العقد بدوره سيزول أما إذا تعلق إعادة التوازن باختفاء التزام ثانوي وليس أساسي فإن العقد لا يزول ويظل قائماً فعلى سبيل المثال لو يتعلق الأمر بمسألة الالتزام القصري في العقود فإن اختفاء ذلك يعني اختفاء أحد المفاتيح الرئيسية للعقد بالتبعية باختفاء هذا المفتاح .

ولكن إذا تدخل القضاء في هذا الخصوص وقضى بالإبقاء على العقد رغم زوال شرط القصر فإن العقد لا يزول

الحالة الثانية

آثار إعادة التوازن على العقد في حال فشل العملية

نادراً ما تخفق عملية إعادة التوازن التلقائي للعقد حيث أن القاضي يتمتع غالباً بحق تعديل وتغيير المرجع المخطئ وكذلك فإن الأطراف من جانبهم عادةً ما يعالجون الخلل في التوازن باختيار مرجع جديد لإعادة التوازن للعقد ، فالعقد في جميع الأحوال سيستمرحتى في حالة إخفاق إعادة التوازن التلقائي .

وعلى العكس مما سبق فإن فشل إعادة التوازن غير التلقائي ستلقي بظلالها السلبية على العقد ، فالمفاوضات بين الطرفين يمكن أن تفشل أو أن أحد الطرفين يرفض الانضمام إلى مشروع إعادة التوازن المقترح وهذا الرفض كما ذكرنا يمكن أن يكون خطأ تعاقدي يتحمل مرتكبه تعويض الأضرار التي لحقت الطرف الآخر وكذلك فإن رفض أحد الأطراف الجلوس إلى التفاوض أو غياب العرض الجدي والحقيقي اللازم لنجاح المفاوضات يمكن أيضاً أن يمثل خطأ تعاقدي ولكن قد لا يتوافر أي من هذه الأخطاء فتستمر المفاوضات ولكنها تصل في النهاية إلى نتيجة سلبية .[1]

فإذا فشلت المفاوضات وكان الأطراف قد اتفقوا على مصير العقد في حال فشل المفاوضات فإن الأمر لا يثير أية صعوبة قانونية تذكر فالأطراف يستطيعون أن يقرروا استمرار العقد وفقا لآخر شروط إذا فشلت المفاوضات وبالعكس فإذا

---

1 **Cabas**: op cit p80

فشلت المفاوضات بشأن عنصر واحد في العقد وهذا العنصر لا يقلق إلا أحد الطرفين فقط فإن هذا الطرف الذي أقلقه إعادة التوازن سيرفضه والخطر هنا سيكون كبيراً لأن المحاكم لن تستطيع التدخل لإعادة التوازن العقدي بنفسها ولكن قد يتفق الطرفان على أنه في حال فشل المفاوضات يجوز لأي من الطرفين فسخ العقد دون أن يمثل هذا الفسخ خطأ من قبل من قام به وهذا في الحقيقة الحل الأكثر عقلاً لأنه كيف يمكن إلزام الأطراف على الاستمرار في علاقة عقدية لم يستطيعوا التوصل إلى إعادة التوازن لها ، أن عدم مقدرة الأطراف إلى الوصول إلى إعادة التوازن للعقد يعد بمثابة استحالة لتنفيذه ويؤدي بالتالي إلى فسخه .

إذا لم يحدد الأطراف مصير العقد في حال فشل المفاوضات فإنهم يكونون أمام أحد حلين إما فسخ العقد أو الاستمرار في تنفيذه والحجج التي قيلت لتأييد طريق الفسخ تتمثل في القول بأن الطرفان قد رغبا في إعادة هيكلة العقد لأنه كان غير متوازن وهذا أمر لم يفرضه عليهما أحد وبالتالي فإنه في حال فشل المفاوضات بينهما فإنه يستحيل القول باستمرارية عقد أصيب بداء عدم التوازن وأكثر من ذلك يمكن القول أنه يستنتج من إرادة الطرفين المتفاوضين رغبتهما في عدم الاستمرار في تنفيذ عقد فقد توازنه .

وقد تصورت محكمة باريس من جانبها في مثل هذه الحالة حلاً مختلفاً ففي النزاع الذي كان مطروحاً عليهما فإن الأطراف بالرغم من فشلهم الأول في المفاوضات فإنهم كانوا يرغبون في استمرار علاقاتهم التجارية ولكن وفقاً لشروط مختلفة عن تلك التي سبق وتعاقدوا وفقاً لها والتي لم يكن يستطيعون الاتفاق عليها لا حقاً فقامت المحكمة بتعيين شخص من الغير كانت مهمته المساعدة في المفاوضات

وتقديم تقرير للمحكمة ، فإذا فشلت تلك المساعي الجديدة في إبرام عقد جديد بين الطرفين فإن المحكمة تحتفظ لنفسها بحق أن تفرض على الأطراف من جديد نظاماً آخر للتعامل بينهما طالما أن انعدام التوازن في العقد لم يمس النواحي المالية والاقتصادية له أما إذا لحق عدم التوازن تلك النواحي فإن المحكمة تبطل العقد .

وهذا الحكم قد فسح للقضاء طريقاً جديداً يستطيع من خلاله فرض استمرار العقد على الطرفين إذا كانت مسائله المالية والاقتصادية لا زالت متوازنة ولم يصبها خلل.

الخاتمة

في نهاية هذا البحث الذي استوقفتني خلاله عقبات كثيرة ، اضطررت إلى الوقوف عند كل عقبة منها فترة من الوقت كانت تشغل ذهني بشكل مستمر ، فربما استعصت علي مسألة نظرية ، وذلك لتعدد معانيها في المراجع التي بين يدي واختلاف ترجماتها ، وربما حصل الإشكال في مسألة تطبيقية دقيقة بسبب كثرة صورها وأشكالها في الواقع ، مما يحتاج إلى تفصيل يبين حالاتها المختلفة بناءً على أدلة وبراهين ، وهو ما يمثل اجتهاداً ربما ترددت مرات كثيرة في حسمه ، واتخاذ موقف منه .

وبالرغم من كل ذلك فقد واصلت البحث والتأمل في جميع ما اعترضني حتى من الله تعالى علي باستيعابها ، والقدرة على التعامل معها ، سعياً مني في تقديم صورة متكاملة لجميع الجوانب التي تتعلق بموضوع مهم وحساس بدرجة هذا الموضوع ألا وهو تغير الظروف المحيطة بعقود التجارة الدولية والذي يضع له أهل الشأن اعتباراً خاصاً ، وفي حالات كثيرة رأيت أنه لا يوجد مستند قانوني خاص بدولة الإمارات تقوم عليه الأحكام المتعلقة بتلك المشكلة ، فكان لزاماً علي أن أكون على قدر المسؤولية في صحة ودقة النتائج التي توصلت إليها في هذا البحث .

وقد تناولت في هذا البحث جميع المسائل المتعلقة بشكل مباشر بوسائل معالجة مشكلة تغير الظروف المحيطة بعقود التجارة الدولية على التفاوت الملاحظ بين تلك المسائل في مدى قربها من الموضوع إلا أنها جميعاً تصب وتؤثر في محور البحث ، وتوصلت من خلالها إلى النتائج والمقترحات التالية :-

1/ أهم النتائج :

أولاً :- معظم الأنظمة القانونية الوطنية تناولت مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد، إلا أنها اختلفت في الآلية التي اتبعتها في معالجة هذه المشكلة ، والسبب في ذلك يعود إلى تأثر الفقه والقضاء بالعوامل الاجتماعية والبيئية والسياسية في تلك الدول ، كما تأثر بالظروف الاقتصادية السائدة بشكل مباشر ، حيث نرى التمسك الصارم لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين في الدول ذات الاستقرار الاقتصادي أما الدول التي غالباً ما تتعرض لهزات اقتصادية فنجدها تعالج مشكلة تغير الظروف بشيء من المرونة .

ثانياً :- عند تعرض العقد في النظام القانوني لدولة الإمارات لقوة قاهرة ، فإنه ينفسخ بقوة القانون ويعود المتعاقدان للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد دون الحاجة إلى صدور حكم قضائي بذلك ، أما العقود التجارية الدولية فهي تستلزم صدور قرار أو حكم من قبل القضاء أو هيئة التحكيم للنظر في صحة توافر شروط القوة القاهرة ، ويظل المحكم محتفظاً بسلطتة التقديرية للحكم بفسخ العقد من عدمه .

ثالثاً :- يعرف المتعاملون في التجارة الدولية نوعين من القوة القاهرة ، الأولى هي القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي والتي تعود جذورها للقانون الروماني والتي تعرف بأنها حدث مستقل عن إرادة الأطراف ، غير متوقع ولا يمكن دفعه ويؤدي إلى استحالة تنفيذه استحالة مطلقة ، أما عن النتيجة المترتبة عليه فهي فسخ العقد وانتفاء مسؤولية المدين . في حين أن المفهوم الثاني هو المفهوم الحديث للقوة القاهرة ، الذي يعتبر أكثر مرونة كما انه اقل تشدداً في تطلبه للشروط الواجب توافرها لتطبيقه .

رابعاً :- يختلف الأثر المترتب على حدوث القوة القاهرة في عقود التجارة الدولية عن أثرها في الأنظمة الداخلية ، فمعلوم أن القوة القاهرة في الأنظمة الداخلية تؤدي إلى فسخ العقد وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، في حين أنها في عقود التجارة الدولية قد ابتدع لها نظام الوقف لحين زوال القوة القاهرة ومن ثم الاستمرار في تنفيذ العقد .

خامساً :- يرجع تبني المتعاملين في عقود التجارة الدولية للمفهوم الحديث للقوة القاهرة إلى الحرية التعاقدية وذلك رغبة منهم في تجنب الآثار القاسية للقوة القاهرة بالمفهوم التقليدي .

سادساً :- عالجت الشريعة الإسلامية الغراء مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد بعد إبرامه وذلك حماية لتكليف الملتزم بما لا قدرة عليه في تنفيذه تطبيقاً لقولة – صلى الله عليه وسلم – " لا ضرر ولا ضرار" ويلاحظ تأثر القانون

الإماراتي بالفقه الإسلامي في معالجته للمشكلة والسبب في ذلك هو أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للتشريع في دولة الإمارات العربية المتحدة .

سابعاً :- أجاز القانون الإماراتي للقضاء بالتدخل وتعديل شروط العقد وموازنة الالتزامات بين الأطراف في حال تعرض العقد لظروف طارئة تؤدي إلى إرهاق أحد الأطراف عند تنفيذه للعقد .

ثامناً :- شرط الطوارئ الـ hardship يمكن الأطراف إذا ما أدرجوا هذا الشرط في عقدهم إلى إمكانية إعادة التفاوض في حال تعرض العقد لصعوبات في التنفيذ وتصيب أحد الأطراف بضرر فادح ، فالهدف الرئيسي لهذا الشرط هو إمكانية تعديل شروط العقد ليتماشى مع التغيرات الجديدة للظروف .

تاسعاً :- يحقق شرط الطوارئ ميزة خاصة تمكن أي طرف ينتمي لنظام قانوني لا يعترف بنظرية الظروف الطارئة من تعديل عقده الدولي إذا ما تعرض لصعوبات في التنفيذ .

عاشراً :- إذا ما تبنى الأطراف للمفهوم الموسع للقوة القاهرة فإن ذلك سيمكنهم من إعادة التفاوض وتعديل العقد وسيرتب نفس الآثار المترتبة على شرط الطوارئ

2) المقترحات:

أولاً:- معظم الأنظمة القانونية الوطنية التي تناولت مشكلة تغير الظروف وكذلك فقه التجارة الدولية قد نظر إليها من زاوية واحدة ، وهي تغير الظروف إلى الأسوأ ، إلا أننا ومن خلال دراستنا لم نواجه نظام قانوني يتعرض للمشكلة عند تغير الظروف للأفضل ، والتي ستؤدي إلى تقليل التزامات المدين ، وبالتالي اختلال التوازن العقدي ، فهل يحق للدائن في هذه الحالة المطالبة بتعديل العقد استناداً لنظرية الظروف الطارئة إذا كان العقد داخلي أو استناداً لشرط الطوارئ إذا كان العقد دولياً ؟ أم يحق له المطالبة بتعديل العقد استناداً لنظرية الإثراء بلا سبب؟ لذلك نوصي بضرورة تدخل القانون الإماراتي ، وكذلك فقه التجارة الدولية لمعالجة هذه المشكلة ووضع الحلول القانونية المناسبة لها .

ثانياً :- عند تعرض العقد التجاري الدولي لقوة قاهرة فإن القاضي أو المحكم سيلجأ لنظام الوقف لحين زوال السبب الذي أدى إلى استحالة التنفيذ ، وعند زوال السبب سيتم استئناف تنفيذ العقد، إلا أنه بعد مدة الوقف قد تزيد التزامات أحد الأطراف نتيجة لتغير الظروف خلال تلك المدة ، كزيادة الأجور، وارتفاع أسعار المواد ، ودون أن يكون هناك اتفاق بين الأطراف على تعديل العقد ، لذلك نوصي بإعطاء القضاء والتحكيم سلطة مرتبطة بالوقف تمكنه من تعديل العقد عند زوال سبب الاستحالة دون الحاجة إلى وجود اتفاق سابق بين أطراف العقد .

ثالثاً :- إن القاضي أو المحكم التجاري الدولي سيلتزم بدعوة الأطراف لإعادة التفاوض تطبيقاً لنظرية شرط الطوارئ الـ hard ship في حال تعرض العقد التجاري الدولي لصعوبات في التنفيذ ، دون أن تصل إلى درجة الاستحالة ولكن قد يكون هذا السبب مؤقتاً ، وقد يكون نظام الوقف أفضل من تعديل العقد ، في هذه الحال فإن القاضي أو المحكم لن يستطيع تطبيق نظام الوقف على أساس أن الوقف هي نتيجة لتطبيق نظرية القوة القاهرة ، لذلك نوصي بإعطاء سلطة تقديرية واسعة للقاضي للمفاضلة ما بين نظام الوقف أو نظام تعديل العقد . خصوصاً في ظل وجود نزاع بين الأطراف .

رابعاً :- أن العقود المبرمة في دولة الإمارات لا تقل أهمية عن العقود التجارية الدولية وذلك من حيث قيمتها أو تأثيرها على الاقتصاد الوطني لذلك نوصي بالتالي :-

1) أن نظام وقف العقد غير مطبق في قانون المعاملات التجارية الاتحادي فالفسخ هي النتيجة المترتبة على حدوث حالة من حالات القوة القاهرة لذلك نوصي بتدخل القانون الإماراتي بإدخال نظام الوقف لمعالجة هذه المشكلة وذلك لضمان استمرار هذه العقود

2) يتم فسخ العقد في قانون المعاملات التجارية الاتحادي عند تعرضه لقوة قاهرة بقوة القانون دون حاجة إلى حكم قضائي ويعود المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ، وهذا الأمر قد يترتب عليه الكثير من النزاعات بين الأطراف، لذلك نرى ضرورة أن يتم الفسخ بحكم قضائي حيث ينظر القضاء للحادث الذي يشكل قوة قاهرة للتأكد من

توافر شروط القوة القاهرة من عدمها ثم بعد ذلك يحتفظ بسلطته التقديرية للحكم بفسخ العقد أو تطبيق ما يراه مناسباً لهذه المشكلة ، أسوة بعقود التجارة الدولية .

خامساً :- نرى بأن فكرة القوة القاهرة بالمفهوم التقليدي تتداخل مع فكرة شرط الطوارئ سواءً من حيث شروط انطباقها وكذلك الآثار المترتبة عليها ، لذلك فإننا نوصي أطراف العقد التجاري الدولي بالاكتفاء على تطبيق نظرية واحدة .

سادساً :- على أطراف العقد التجاري الدولي القيام بالتنظيم الدقيق والواضح لشروط العقد في الفترة السابقة على إبرام العقد من حيث الآليات القانونية التي سيتم تطبيقها عند تعرض العقد لتغير في الظروف كما أن حسن النية في تنفيذ العقود تعتبر ركيزة أساسية من ركائز استمرار هذه العقود وضمان تنفيذها .

قائمة بأهم المراجع

أولاً : المراجع العربية

1) مراجع شرعية

أ- القرآن الكريم

ب- مؤلفات فقهية قديمة :-

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، لفخر الدين عثمان بن على الزيلعي ، الجزء الخامس ، الطبعة الأولى .
- رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار للشيخ محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، الجزء الخامس.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني ، الجزء الرابع ، الطبعة الأولى 1910.
- مجمع الأنهر في ملتقى الأبحر لعبد الرحمن بن الشيخ محمد بن سليمان المعروف بشيخ زاده ، الجزء الثاني .
- الدر المنتقى في شرح الملتقى ، على هامش مجمع الأنهر، لمحمد بن علاء الدين الإمام ، الجزء الثاني 1319ه.
- الفتاوي الهندية ، على مذهب الإمام أبي حنفية تأليف جماعة علماء الهند ، الجزء الرابع .

- مجموعة رسائل ابن عابدين ، الجزء الثاني ، رسالة تنبيه الرقود على مسائل النقود .
- المدونة الكبرى ، للإمام مالك بن أنس الأصبحي ، الجزء الحادي عشر ، الطبعة الأولى 1323.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، لأبي الوليد محمد بن أحمد ابن رشد الأندلسي ، الجزء الثاني ، الطبعة الأولى 1329.
- الأم ، لمحمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع ، الإمام الشافعي .
- مجموعة فتاوي شيخ الإسلام تقي الدين بن تيمية الحراني ، الجزء الثالث 1328.

ج- مؤلفات حديثة :

- أسماء سالمين محمد العرياني :- الأحكام الفقهية المترتبة على الأمراض المعدية – كلية الدراسات العربية والإسلامية بدبي رسالة ماجستير 2005-2006.
- عبد الرزاق السنهوري :- مصادر الحق في الفقهية الإسلامي .
- علي أحمد السالوس الإقتصاد الإسلامي والقضايا الفقهية المعاصرة دار الثقافة الدوحة – مؤسسة للطباعة والنشر والتوزيع .

ثانيا: مراجع قانونية

- أحمد إبراهيم الشيخ :- المسؤولية عن تعويض أضرار النقل الجوي وفقاً لاتفاقيتي وارسو 1929 ومونتريال 1999 ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 2006.
- أحمد عبد الكريم سلامه :- نظرية العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية ، دار النهضة العربية 1989م .
- إسماعيل غانم :- النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام.
- بلال عبد المطلب بدوي :- مبدأ حسن النية في مرحلة المفاوضات قبل التعاقدية في عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 2001.
- ثروت حبيب :- دراسة في قانون التجارة الدولية مع الاهتمام بالبيوع الدولية ، مطبوعات جامعة القاهرة بالخرطوم 1975.
- جابر جاد نصار :- العقود الإدارية ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية 2005.
- **جاك غستان :- المطول في القانون المدني الفرنسي ، مفاعيل العقد وآثاره ، ترجمة منصور القاضي .**

- حسام الدين كامل الأهواني :- مصادر الالتزام ، المصادر الإرادية ، النهضة العربية 1991.
- حسبو الفزاري :- أثر الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الالتزام العقدي ، رسالة دكتوراه ، مطبعة الجيزة بالإسكندرية 1979.
- حسن علي النون :- النظرية العامة في الفسخ في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، رسالة دكتوراه ، كلية الحقوق ، جامعة فؤاد الأول 1946.
- حسين عامر :- القوة الملزمة للعقد ، الطبعة الأولى ، مطبعة مصر 1949.
- حسين علي الجيلاوي :- إستحالة تنفيذ الالتزام العقدي بالسبب الاجنبي، دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والانجليزي.
- حفيظة السيد الحداد :- العقود المبرمة بين الدول والأشخاص الأجنبية ، دار الفكر الجامعي 2001.
- حمدي عبد الرحمن :- الوسيط في النظرية العامة للالتزامات ، المصادر الإرادية للالتزام ، العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية 1999.
- حمزة حداد :- قانون التجارة الدولي ، الدار المتحدة للنشر ، بدون تاريخ .

- رشوان حسن رشوان :- أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة ، 1994.
- سليمان مرقس :- الوافي في شرح القانون المدني ، الالتزامات، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، الطبعة الرابعة 1987.
- شريف غنام :- أثر تغير الظروف في تنفيذ عقود التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة 2000.
- شيشرو:- أحكام العقد في القانون الإنجليزي ، ترجمة هنري رياض ، دار الجيل بيروت .
- عبد الحكم فوده :- آثار الظروف الطارئة والقوة القاهرة على الأعمال القانونية ، منشأة المعارف ، الطبعة الأولى 1999.
- عبد الحي حجازي :-النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول ، المطبعة العالمية، القاهرة، 1962
- عبد الخالق حسن أحمد :- الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة ، الجزء الأول ، مصادر الإلزام ، كلية شرطة دبي 1999.
- عبد الرزاق السنهوري :- الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، المجلد الأول ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية 1981.

- عبد الفتاح عبد الباقي :- نظرية العقد والإرادة المنفردة .
- عبد المجيد التكريتي :- دراسات في سياسات التجارة الخارجية، مطبعة الإرشاد ، بغداد 1982.
- عبد المنعم محفوظ :- قضاء المشروعية وفلسفة الانفتاح الاقتصادي في مصر ، الطبعة الأولى 1984 .
- عبد المنعم البدراوي :- النظرية العامة للالتزامات ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية 1989.
- عبد المنعم فرج الصده :- النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام .
- عبد الوهاب على بن سعد الرومي :- الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي ، رسالة دكتوراه ، جامعة القاهرة 1994.
- فاضل شاكر النعيمي :- نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون ، رسالة ماجستير، جامعة بغداد ، دار الجاحظ 1969.
- محسن عبد الحميد إبراهيم البيه :- النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، الجزء الأول 1997.
- محمد أحمد بن هزيم السويدي :- التزامات الناقل البحري للبضائع بميناء الوصول في قانون دولة الإمارات العربية المتحدة ، الأكاديمية العربية للعلوم والتكنولوجيا والنقل البحري، رسالة ماجستير 2005.

- محمود سمير الشرقاوي :- العقود التجارية الدولية ، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية 2002.
- مصلح أحمد الطراونه :- قانون التجارة الدولي ، دارسة نظرية تحليلية لقانون التجارة الدولي وعلاقته بالقانون الدولي الخاص، دار رند للنشر 2001.
- ناجي عبد المؤمن :- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين وحدوده في عقود التجارة الدولية طويلة المدة ، مجلة الأمن والقانون ، تصدرها كلية شرطة دبي ، السنة الثامنة العدد الأول يناير 2000.
- نرمين محمد محمود صبح :- مبدأ العقد شريعة المتعاقدين والقيود التي ترد عليه في قانون التجارة الدولية ، رسالة دكتوراه ، جامعة عين شمس 2002- 2003.
- وفاء حلمي أبو جميل :- وقف عقد العمل ، دراسة مقارنه بين الفقه والقضاء ، دار النهضة العربية .

أحكام قضائية

- أحكام محكمة النقض الفرنسي
- أحكام محكمة النقض المصرية
- أحكام المحكمة الإدارية العليا
- أحكام المحكمة الإتحادية العليا
- أحكام محكمة تمييز دبي
- قرارات مجلس اللوردات البريطاني

المجلات و الدوريات

- مجلة الأمن و القانون
- مجلة الاقتصاد و القانون

ثانياً : المراجع الأجنبية

ABDUL MUNIM H.(A.),La protection de l'acheteur dans la vente de merchandises en droit du commerce international, th.,Rennes l, 1991,

Ahmad Omran: La Force Majeur En Droit Travail These Univ.De Teulose .1981

Antoine Loysel : Institutes coutumieres Tom ler liv III paris 1846

ANTONMATTE : contribution a l" etudede la force majeure , these Montpellier, 1992

ATIYAH(P.): An introduction to the law of contract.

BARBIERI (J. – J.), vers un nouvel equilibre contractuel recherche d un nouvel equilibredes prestation dans la formation et I execution du contrat , these Toulouse 1981.

BOURDELOIS (B.), L 'execution du contrat international in " La pratique des contrats internationaux " , Joly, livre V.

CAPATINA (O.), Doctrine et pratique du droit socialiste roumaines en matiere de contrat international , in " Le contrat economique international, Stabilite et evolution.

CORUN (G.), Note sous, cour d' appel de Lyon, 8 Novembre 1979, et cour d' appel de paris, 4 juin 1980, RDT. Civ., 1981.

Draetta (U) And Lake (RB) Nanda (V.P) : Breach and adaptation of international contracts, An introduction to lex mercatoria ,Butterworth legal publishers , usa 1992.

FONTAINE (M.): droit des contrats internationaux analyse et redaction de clauses FEC1989

FOUCHARD (ph.),L'adaptation des contrats a la conjuncture economique, rev .arb.,1979.

HORSMANSI(G.),L'execution du contrat et le comportment des parties, RTD.civ., 1979-1980.

kahn:(ph.). Force majeuer et Contrats internationaux de Longue duree, JDI, 1975.

KAHN : (Ph.) probleme juridique de I investissement dans les pays de I ancienne AFrique Francais JDI , 1965.

LE FICHANT (F.),L obligation de la partie faible dans les contrats internationaux , etude de conflict de lois these Strasbourg 1992.

MABROUK (R.); la force majeure en droit egyption et en droit francaise , these, nantes, 1986 .

OBEID : Le calcul du prix dans les contrats internationaux , these Montpellier 1 , 1990 .

OPPETIT (B.),contrats economiques internationaux,Les Hardship clauses,Dr.prat. com.int, 1975 .

PAULSSON(J.),L'adaptation du contrat, in" L'arbitre et le contrat",jornee d'etude,organisee a paris , le 12 janvier 1984 par la comite francaise de l'arbitrage,rev.arb.,1984.

Philippe (d.) pacta sunt servanda et rebus sic stantibus in l apport de la jurisprudence arbitrale, seminairedes 7et 8 avril 1986.

PICOD (Y.), Le devoir de loyautedansI" execution du contrat , these LGDJ, 1989.

rapsomanikis (m.g.) :frustration of contract in international trade law and comparative law Duquesne l , rev1980.

SCHMITTHOFF (C.): Frustration of international contracts.. of sale in English and comparative law , in some proplems of non performance and force majeure in international contract of sale int"I .ass of legal scince ,helsenki1961.

Sisard , clagdjlause de maintien de la value dans les transaction international les , clunet 1975 .

ULLMANN, (H.),Droit et pratique des clauses de hardship dans le systeme juridique American, RD.aff. int., 1988.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
الآية	1
شكر وتقدير	3
الإهداء	6
منهج البحث	7
مشكلة البحث	10
صعوبات البحث	11
خطة البحث	14
فصل تمهيدي	
قانون التجارة الدولية "تمهيد"	
المبحث الأول :- مفهوم قانون التجارة الدولية	**19**
المطلب الأول:- تعريف قانون التجارة الدولية	**19**
الفرع الأول:- تعريف قانون التجارة الدولي بالنظر إلى أصوله	**20**
الفرع الثاني :- تعريف قانون التجارة الدولي بالنظر إلى وظيفته	**21**
الفرع الثالث :- تعريف الأمين العام للأمم المتحدة	**23**

المطلب الثاني :- معايير دولية العقد	**24**
الفرع الأول:- معيار تواجد العنصر الأجنبي في العقد	**25**
الفرع الثاني :- معيار المد والجزر	**26**
الفرع الثالث:- معيار التعلق بمصالح التجارة الدولية	**27**
الفرع الرابع :- معيار اتفاقية لاهاي لسنة 1964	**28**
الفرع الخامس:- معيار اتفاقية فينا لسنة 1981	**29**
المبحث الثاني :- تمييز عقود التجارة الدولية عن العقود المشابهة لها	**31**
المطلب الأول:- عقود التجارة الدولية طويلة المدة والعقود المستمرة	**31**
الفرع الأول:- عقود التجارة الدولية طويلة المدة	**32**
أولاً: عقود المبادلات	32
ثانياً: عقود الإنتاج	33
ثالثاً: عقود التموين	33
الفرع الثاني :- العقود المستمرة في الأنظمة الداخلية	**34**
المطلب الثاني :- تمييز عقود التجارة الدولية عن العقود الإدارية الدولية	**38**
الشرط الأول : أن تكون الإدارة طرفاً في العقد	**42**

الشرط الثاني : أن يتعلق العقد بنشاط المرفق العام	**44**
الشرط الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية	**45**
أولاً: شروط لها طابع السلطة العامة	46
ثانياً: شروط ترتبط بمبادئ القانون العام	**46**
الباب الأول	
موقف الأنظمة الوطنية من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد	**48**
الفصل الأول	
تباين موقف الأنظمة الوطنية من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد	**49**
المبحث الأول:- موقف الشريعة الإسلامية من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد	**50**
المطلب الأول:- موقف الفقه الحنفي من تغير الظروف	**50**
الفرع الأول:- نظرية العذر	**51**
الفرع الثاني :- تغير القيمة الاقتصادية	**55**
الموضوع الأول: تغير قيمة النقود	55
الموضوع الثاني: تغير القيمة الإيجارية	58

المطلب الثاني:- موقف الفقه المالكي من تغير الظروف	**60**
الفرع الأول:- نظرية الجوائح	**60**
الفرع الثاني:- أثر الجائحة على العقد	**62**
المطلب الثالث:- موقف الفقه الحنبلي والشافعي من تغير الظروف	**65**
الفرع الأول:- موقف الفقه الشافعي	**65**
أولاً: الأعذار	65
ثانياً: الجوائح	**66**
الفرع الثاني :- موقف المذهب الحنبلي	**67**
أولاً: الأعذار	**67**
ثانياً: الجوائح	**67**
المطلب الرابع :- رأى مجمع الفقه الإسلامي من تغير الظروف	**68**
المبحث الثاني :- موقف القانون الفرنسي من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد	**77**
المطلب الأول:- موقف القانون المدني الفرنسي من الظروف الطارئة	**78**
المطلب الثاني :- موقف القانون المدني والإداري الفرنسي	**83**

من القوة القاهرة	
الشرط الأول: عدم إمكانية مقاومة الحدث أو دفعه	**83**
الشرط الثاني : وجوب أن يكون الحدث غير متوقع	**84**
الشرط الثالث: نشوء الاستحالة بسبب أجنبي	**86**
المطلب الثالث:- موقف القانون الإداري الفرنسي من الظروف الطارئة	**87**
الشرط الأول: اختلال التوازن الاقتصادي للعقد	91
الشرط الثاني: أن يكون الظرف الطارئ غير متوقع ولا يمكن دفعه	92
الشرط الثالث: أن يكون الحدث خارجاً عن إرادة المدين	93
المبحث الثالث:- موقف القانون الألماني من مسألة تغير الظروف المحيطة بالعقد	**94**
المطلب الأول:- موقف القانون الألماني من المشكلة في الفترة السابقة على انتهاء الحرب العالمية الأولى	**95**
المطلب الثاني :- موقف القانون الألماني من المشكلة بعد الحرب العالمية الأولى	**97**
الفرع الأول:- نظرية الاستحالة الشخصية والاقتصادية	**98**
الحالة الأولى: الاستحالة المادية أو الشخصية	100

الحالة الثانية: الاستحالة الاقتصادية	102
الفرع الثاني :- نظرية انهيار الأساس التعاقدي	**104**
الشرط الأول: أن لا يكون الحادث منسوباً إلى المدين	107
الشرط الثاني: أن لا يكون الخطر ضمن المخاطر المعتادة في العلاقة العقدية	108
الشرط الثالث: أن تؤدي التغيرات في الظروف إلى اختلال واضح في أسس العقد	109
المبحث الرابع:- موقف القانون الإنجليزي من مسألة تغير الظروف	**110**
المطلب الأول:- التطبيق الصارم لمبدأ المسؤولية المطلقة للمتعاقدين	**110**
المطلب الثاني:- التخفيف من حدة مبدأ المسؤولية المطلقة للمتعاقدين	**112**
الفرع الأول:- مجال تطبيق نظرية الاستحالة	**120**
الفرع الثاني :- الأسس التي ترتكز عليها الاستحالة	**123**
أولاً: النية المفترضة للأطراف كأساس للنظرية	**124**
ثانياً : الحل العادل والمعقول كأساس لنظرية الاستحالة	**125**
المطلب الثالث:- شروط وآثار تطبيق الاستحالة	**126**

الفرع الأول:- شروط تطبيق نظرية الاستحالة	**126**
الشرط الأول: أن يقع الحدث بعد إبرام العقد	127
الشرط الثاني : نشوء الحدث خارجاً عن إرادة المتعاقدين	128
الشرط الثالث: يجب أن يكون الحدث غير متوقع	**129**
الشرط الرابع : أن يولد الحدث تغيراً جوهرياً في الوضع الأصلي	131
الفرع الثاني:- آثار تطبيق الاستحالة	**131**
أولاً : آثار تطبيق الاستحالة في الشريعة الإسلامية	132
ثانياً : معالجة أثر الاستحالة في التشريع الإنجليزي	136
الفصل الثاني	
موقف القانون الإماراتي من مشكلة تغير الظروف المحيطة بالعقد	**139**
المبحث الأول:- نظرية الحوادث الطارئة	**142**
المطلب الأول:- شروط تطبيق النظرية	**143**
الفرع الأول:- العقود التي تنطبق عليها النظرية	**143**
الفرع الثاني :- المقصود بالحادث الطارئ	**144**
الفرع الثالث :- شرط الإرهاق في الحادث الطارئ	**146**

المطلب الثاني:- النتيجة المترتبة على الحادث الطارئ	**148**
الفرع الأول:- سلطة القاضي في تعديل العقد	**148**
الفرع الثاني:- تعديل شروط العقد بموجب نص قانوني خاص	**151**
المبحث الثالث:- نظرية القوة القاهرة في القانون الإماراتي	**156**
المطلب الأول:- شروط تطبيق القوة القاهرة	**157**
الشرط الأول: أن يؤدي حادث القوة القاهرة إلى استحالة تنفيذ العقد	157
الشرط الثاني: أن يكون الحادث خارجاً عن إرادة المدين	157
الشرط الثالث: أن يقع الحادث في فترة لاحقة على إبرام العقد	159
الشرط الرابع: أن تكون استحالة التنفيذ استحالة كلية	160
المطلب الثاني :- الآثار القانونية المترتبة على تطبيق نظرية القوة القاهرة	**161**
الفرع الأول:- تحمل التبعة	**161**
أولاً: العقود الملزمة للجانبين	**161**
ثانياً: العقود الملزمة لجانب واحد	**162**
الفرع الثاني:- الآثار المترتبة على الفسخ	**162**

أولاً: أثر الفسخ بالنسبة للمتعاقدين	**163**
ثانياً: أثر الفسخ بالنسبة لغير المتعاقدين	**164**
الباب الثاني	
تغير الظروف في عقود التجارية الدولية	**166**
الفصل الأول	
النظريات المطبقة لمعالجة مشكلة تغير الظروف	**171**
المبحث الأول:- القوة القاهرة بمفهومها التقليدي في عقود التجارة الدولية	**172**
المطلب الثاني:- مفهوم النظرية	**172**
المطلب الثاني:- النتيجة المترتبة على تطبيق النظرية	**176**
الفرع الأول:- آلية اتفاق الأطراف على الفسخ عند تحقق شروط القوة القاهرة	**177**
الحالة الأولى: الاقتصار على المحكم بفسخ العقد عند تحقق حادث القوة القاهرة	177
الحالة الثانية: الاتفاق على اتخاذ المحكم لما يراه مناسباً	178
الفرع الثاني:- قرارات التحكيم عند تحقق شرط القوة القاهرة	**179**
الحالة الأولى: الاتفاق على فسخ العقد عند توافر حالة	180

القوة القاهرة	
الحالة الثانية: عدم اتفاق الأطراف على الفسخ عند توافر حالة القوة القاهرة	181
الفرع الثالث:- النتيجة المترتبة على تطبيق القوة القاهرة في اتفاقيات التجارة الدولية والعقود النموذجية	**182**
المطلب الثالث:- الاستحالة المطلقة للتنفيذ كأثر مميز للنظرية	**184**
الفرع الأول:- مفهوم الاستحالة وتمييزها عن الأفكار المشابهة لها	**184**
الفرع الثاني:- معايير الاستحالة وشروط تطبيقها	**195**
الفرع الثالث:- تطلب الاستحالة المطلقة في قرارات التحكيم التجاري الدولي	**199**
الفرع الرابع:- الاستحالة المطلقة في ظل وجود بديل للتنفيذ	**200**
المبحث الثاني:- شرط الطوارئ في عقود التجارة الدولية	**213**
المطلب الأول:- مفهوم شرط الطوارئ	**216**
الفرع الأول:- اختلال التوازن كأثر مميز لشرط الطوارئ	**216**
الفرع الثاني:- طرق التعبير عن اختلال التوازن	**220**
المطلب الثاني:- معايير تقدير الاختلال	**222**

أولاً: المعيار الموضوعي	**222**
ثانياً: المعيار الشخصي	**225**
ثالثاً: المعيار المختلط	**227**
المطلب الثالث:- فضل الطبيعة التعاقدية لشرط الطوارئ	**231**
أولاً: القضاء على تردد النظم الوطنية في الأخذ بالنظرية	**231**
ثانياً: توسع نطاق مراجعة العقد	**233**
المبحث الثالث:- المفهوم الحديث للقوة القاهرة	**234**
المطلب الأول:- أسباب التوسع في مفهوم القوة القاهرة	**234**
المطلب الثاني:- آلية التوسع في مفهوم القوة القاهرة	**237**
الفرع الأول:- تطبيق المفهوم الحديث عن طريق التوسع في المفهوم التقليدي للقوة القاهرة	**238**
أولاً: استبعاد أو إغفال أحد الشروط	**239**
ثانياً: التخفيف من شدة بعض هذه الشروط	**241**
الفرع الثاني:- تطبيق المفهوم الحديث عن طريق تعداد الحالات والتعريف المجرد	**241**
أولاً: التعريف عن طريق تعداد الحالات	242
ثانياً: التعريف المجرد	**242**
الفصل الثاني	

وسائل معالجة تغير الظروف في عقود التجارة الدولية	**244**
المبحث الأول:- وقف تنفيذ العقد في حالة القوة القاهرة	**246**
المطلب الأول:- الأسس التي يرتكز عليها نظام الوقف	**247**
الفرع الأول:- إرادة الأطراف	**248**
الفرع الثاني:- اتفاقيات التجارة الدولية	**252**
الفرع الثالث:- التحكيم التجاري الدولي	**252**
المطلب الثاني:- حالات وقف العقد	**254**
الفرع الأول:- الوقف في حالة الاستحالة المؤقتة	**255**
الفرع الثاني :- الوقف في مرحلة إعادة التفاوض	**256**
المطلب الثالث:- شروط وخصائص الوقف	**259**
الفرع الأول:- شروط الوقف	**259**
الفرع الثاني:- خصائص الوقف	**264**
الفرع الثالث:- آثار الوقف	**266**
أولاً: وقف تنفيذ الالتزامات في العقد	**267**
ثانياً: إعفاء الأطراف من المسؤولية عن التنفيذ خلال مدة الوقف	**270**
ثالثاً: استئناف تنفيذ العقد عند زوال المانع	**271**
المطلب الرابع:- التزامات الأطراف خلال فترة الوقف	**272**

أولاً: الالتزام بإخطار الدائن بحدوث الاستحالة المؤقتة	**273**
ثانياً: الالتزام بالمحافظة على العقد خلال فترة الوقف	**274**
المطلب الخامس:- نهاية الوقف	**277**
الفرع الأول:- مدة الوقف	**278**
الفرع الثاني:- نهاية الوقف	**281**
أولاً: انقضاء الوقف عند زوال المانع	**282**
ثانياً: انقضاء الوقف في حال عدم الجدوى من تنفيذ العقد	**283**
ثالثاً: اتفاق الأطراف على انقضاء الوقف	**284**
المبحث الثاني:- إعادة التفاوض في عقود التجارة الدولية	**285**
المطلب الأول:- طرق تحديد شروط إعادة التوازن	**285**
المطلب الثاني:- آثار شروط إعادة التوازن	**308**
الخاتمة	324
1) النتائج	325
2) التوصيات	328



University of Bahrain
Library

جامعـــة البحـرين
المكتبـــة

يتم احتساب غرامة عن الكتب المتأخرة
Date due back (fine payable upon late return)
